

MONOPOLKOMMISSION

Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2007:

Wendepunkt der Regulierung

Sondergutachten gemäß § 121 Abs. 2 Telekommunikationsgesetz

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	1
Kurzfassung.....	3
1. Einleitung.....	6
1.1 Gesetzlicher Auftrag.....	6
1.2 Das Konzept des „nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes“.....	7
1.3 Methodisches Vorgehen.....	8
2. Stand und Entwicklung des Wettbewerbs auf den Telekommunikationsmärkten.....	9
2.1 Umsätze auf den Telekommunikationsmärkten insgesamt.....	9
2.2 Endkundenmärkte im Festnetz.....	11
2.2.1 Umsätze auf der Basis von Festnetzanschlüssen.....	11
2.2.2 Sprachtelefondienst im Festnetz.....	12
2.2.3 Teilnehmeranschlüsse.....	14
2.2.4 Breitbandanschlüsse.....	16
2.2.5 Internetnutzung und IP-TV.....	18
2.3 Vorleistungen im Festnetz.....	18
2.3.1 Vorleistungen für schmal- und breitbandige Teilnehmeranschlüsse.....	19
2.3.2 Zusammenschaltung.....	20
2.3.3 Fakturierung und Inkasso.....	20
2.3.4 Mietleitungen.....	21
2.4 Mobilfunk.....	22
3. Nachhaltig wettbewerbsorientierte Märkte.....	24
3.1 Vorleistungen.....	24
3.2 Endkundenleistungen.....	26
3.2.1 Teilnehmeranschlüsse.....	26
3.2.2 Verbindungen.....	27
4. Amtspraxis der Bundesnetzagentur.....	29
4.1 Marktanalyse und Auferlegung von Regulierungsverpflichtungen.....	29

II

4.1.1 Verfahrensstand.....	29
4.1.2 Endkundenmärkte.....	30
4.1.1.2 Zugang zum öffentlichen Telefonnetz und Verbindungsaufbau an festen Standorten.....	30
4.1.2.2 Mindestangebot an Mietleitungen.....	32
4.1.3 Vorleistungsmärkte.....	34
4.1.3.1 Verbindungsleistungen im Festnetz.....	34
4.1.3.2 Breitbandzugang für Großkunden.....	35
4.1.3.3 Abschluss- und Fernübertragungs-Segmente von Mietleitungen.....	37
4.1.3.4 Zugang und Verbindungsaufbau in Mobiltelefonnetzen.....	39
4.1.3.5 Anrufzustellung in einzelnen Mobilfunknetzen.....	42
4.1.3.6 Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung – Wiederholungsuntersuchung.....	45
4.2 Entgeltregulierung.....	48
4.2.1 Konsistenzgebot und Entgelte für DSL-Resale.....	48
4.2.2 Entgelte für die Anrufzustellung in einzelnen Mobilfunknetzen.....	49
4.3 Besondere Missbrauchsaufsicht	51
5. Aktuelle Fragen der Regulierung.....	55
5.1 Übergang in das allgemeine Wettbewerbsrecht.....	55
5.2 Regulierung neuer Märkte.....	57
5.2.1 Einführung eines gesetzlichen Freistellungstatbestandes.....	57
5.2.2 Auslegungsgrundsätze der Bundesnetzagentur zu § 9a TKG.....	59
5.2.3 Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht.....	62
5.3 Resale.....	64
5.3.1 Gesetzlicher Anpassungsbedarf.....	64
5.3.2 Entbündeltes Anschluss-Resale als Regulierungsoption.....	65
5.3.3 Resale und Entgeltregulierung.....	67
6. Überprüfung des europäischen Rechtsrahmens für Kommunikationsmärkte.....	69
6.1 Hintergrund und Stand des Review.....	69
6.2 Vorschläge der EU-Kommission.....	70

III

6.2.1 Verbesserung der Frequenzverwaltung.....	70
6.2.2 Weiterentwicklung des Beteiligungsverfahrens.....	72
6.2.2.1 Ausweitung der Vetobefugnisse der EU-Kommission.....	73
6.2.2.2 Zentralisierung der Regulierung.....	75
6.2.2.3 Rationalisierung des Beteiligungsverfahrens.....	77
6.2.3 Funktionale Separierung.....	78
6.2.4 Beschleunigung von Rechtsmitteln.....	81
6.2.5 Behandlung paneuropäischer Märkte.....	81
6.3 Offene Fragen.....	82
6.3.1 Unklare Wettbewerbskonzeption.....	82
6.3.2 Verankerung der Regulierungskonzeption im Rechtsrahmen.....	83
6.3.3 Regulierung neuer Märkte.....	84
6.4 Revision der Märkteempfehlung.....	84
6.5 International Roaming.....	85
7. Zusammenfassung der Einschätzungen und Empfehlungen.....	87

Vorwort

Das Sondergutachten der Monopolkommission zur Wettbewerbsentwicklung auf den Telekommunikationsmärkten 2007 behandelt folgende Themen: Knapp zehn Jahre nach der Öffnung der Telekommunikationsmärkte im Jahr 1998 ist der Wettbewerb im Bereich der Endkundenmärkte so weit fortgeschritten, dass die Option einer weitgehenden Deregulierung auf der Tagesordnung steht. Dabei stellt sich die Frage nach einem angemessenen Vorgehen bei dem Übergang in das allgemeine Wettbewerbsrecht. Mit § 9a TKG hat der Gesetzgeber eine Regelung in das Telekommunikationsgesetz aufgenommen, nach der neue Märkte in der Regel von der Regulierung freigestellt sind. Gegenstand der Überprüfung ist der europäische Rechtsrahmen für die Telekommunikation. Vorgesehen sind unter anderem eine schrittweise Zentralisierung der Regulierung auf der europäischen Ebene, die Ausweitung der Vetobefugnisse der Europäischen Kommission und die Einführung der strukturellen Separierung als zusätzliches Regulierungsinstrument. Daneben sind gemäß dem gesetzlichen Auftrag des Telekommunikationsgesetzes die Amtspraxis der Bundesnetzagentur und die Anwendung der Vorschriften des Telekommunikationsgesetzes zum Resale zu würdigen.

In einer Anhörung am 15. Mai 2007 hat die Monopolkommission mit Vertretern der Unternehmen, ihren Verbänden sowie mit Vertretern der Verbraucher Fragen der Marktentwicklungen und der Regulierung im Bereich der Telekommunikation diskutiert. Teilnehmer der Diskussionsrunde in Bonn waren:

- Arcor AG & Co.,
- Communication Services Tele2 GmbH,
- Deutsche Telekom AG,
- E-Plus Mobilfunk GmbH,
- freenet AG,
- Kabel Deutschland GmbH,
- NetCologne Gesellschaft für Telekommunikation mbH,
- Vodafone D2 GmbH,
- Breko Bundesverband der regionalen und lokalen Telekommunikationsgesellschaften e.V.,
- VATM Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e.V.,
- Verbraucherzentrale Bundesverband.

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

Zu Themen der europäischen Telekommunikationspolitik, zum Stand des Wettbewerbs der Telekommunikation in Europa sowie zu den Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland fand am 14. Juni 2007 eine Gesprächsrunde mit Vertretern der Generaldirektionen Wettbewerb sowie Informationsgesellschaft und Medien der Europäischen Kommission in Bonn statt. Teilnehmer seitens der Generaldirektionen waren:

- Michael Albers,
- Dr. Stefan Kramer,
- Dr. Ingo Weustenfeld.

Der Präsident der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Herr Matthias Kurth, sowie Mitarbeiter der Behörde haben mit der Monopolkommission am 17. Oktober 2007 Fragen der Wettbewerbsentwicklung auf den Märkten der Telekommunikation

und insbesondere Fragen zur Anwendung der Vorschriften des Telekommunikationsgesetzes durch die Bundesnetzagentur diskutiert.

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

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.

Kurzfassung

- 1.* Die Umsätze im Gesamtmarkt für Telekommunikationsdienste sind in den Jahren 2006 und 2007 erstmals rückläufig. Betroffen von Umsatzrückgängen sind sowohl das Festnetz als auch der Mobilfunk. Während die Umsätze im Festnetz aufgrund des Preisverfalls bereits seit 2005 sinken, wird davon im Jahr 2007 auch der Mobilfunk erfasst. In beiden Bereichen kann das weiterhin gegebene Mengenwachstum den Preisverfall nicht mehr ausgleichen. Umsatzrückgänge im Festnetz verzeichnet vor allem die Deutsche Telekom AG (DTAG), während die Umsätze der Wettbewerber im Jahr 2006 noch ansteigen und im Jahr 2007 konstant sind.
- 2.* Der Wettbewerb auf den Verbindungsmärkten im Festnetz nimmt zu und verfestigt sich. Die Marktanteile der Wettbewerber steigen weiterhin an und betragen Ende des Jahres 2006 bei den Auslandsverbindungen 75 % und bei den Inlandsverbindungen 43 %. Ebenfalls zunehmend ist der Substitutionswettbewerb durch Internettelefonie, Kabelnetztelefonie und Mobilfunk. Gleichzeitig nimmt die Kundenbindung bei den Wettbewerbern zu, was sich darin äußert, dass vermehrt Leistungen über eigene Anschlüsse erbracht werden und die Bedeutung von Call-by-Call und Preselection zurückgeht. Zugenommen hat auch der Wettbewerb bei den Teilnehmeranschlüssen. Ende des Jahres 2007 werden etwa 19 % der Anschlüsse von den Wettbewerbern bereitgestellt, vornehmlich auf der Infrastruktur der Deutschen Telekom AG.
- 3.* Die Monopolkommission stellt fest, dass inzwischen sowohl der Markt für Auslandsverbindungen im Festnetz als auch der Markt für Inlandsverbindungen nachhaltig wettbewerbsorientiert sind. Daraus folgt, dass nach der bereits vor zwei Jahren erfolgten Deregulierung des Marktes für Auslandsverbindungen auch der Markt für Inlandsverbindungen aus der sektorspezifischen Regulierung entlassen werden kann. Trotz der Wettbewerbsfortschritte weiterhin reguliert werden muss der Markt für Teilnehmeranschlüsse. Dasselbe gilt für die Vorleistungen mit Ausnahme der Mietleitungen. Beibehalten werden sollte auch die Regulierung der Bündelprodukte aus Anschluss- und Verbindungsleistungen, da von diesen Gefahren für den Wettbewerb, wie Quersubventionierungen oder Preis-Kosten-Scheren, ausgehen.
- 4.* Die Würdigung der Amtspraxis der Bundesnetzagentur im Bereich der Telekommunikation geschieht erstmals auf der Grundlage eines gesetzlich verankerten Akteneinsichtsrechts, welches auch die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse umfasst. Von wesentlicher Bedeutung sind die Verfahren im Rahmen der Marktregulierung. Daneben behandelt das Gutachten Fragen der Entgeltregulierung und der besonderen Missbrauchsaufsicht. Kritisch sieht die Monopolkommission weiterhin die zum Teil sehr lange Dauer der Marktregulierungsverfahren. Als Beispiel sei auf den Markt für Bitstrom-Zugang verwiesen. Für eine Beschleunigung sorgt die zuletzt von der Bundesnetzagentur praktizierte zeitgleiche Vorlage von Marktanalyse und Regulierungsverfügung. Die Monopolkommission empfiehlt, diese Praxis zur Regel zu machen. Ablehnend steht die Monopolkommission dem Vorschlag der Wettbewerber gegenüber, die besondere Missbrauchsaufsicht des Telekommunikationsgesetzes von der Feststellung der Regulierungsbedürftigkeit abzukoppeln. Die Gefahr einer Regulierungslücke besteht nicht, da nationales und europäisches Wettbewerbsrecht zur Anwendung kommt, wenn ein Markt zwar nicht die Kriterien für die Regulierungsbedürftigkeit erfüllt, gleichwohl aber durch das Bestehen von Marktbeherrschung gekennzeichnet ist.
- 5.* Aktuelle Fragen der Regulierung betreffen den Übergang in das allgemeine Wettbewerbsrecht und die Regulierung neuer Märkte. Die Entlassung aus der sektorspezifischen Regulierung erfolgt

auf der Grundlage von relativ engen Marktabgrenzungen nach wettbewerbsrechtlichen Kriterien. Dies führt dazu, dass Teilmärkte eines zusammenhängenden Funktionsbereichs, wie Gespräche aus dem Festnetz in inländische und ausländische Mobilfunknetze, zum einen der Regulierung nach dem Telekommunikationsgesetz und zum anderen dem allgemeinen Wettbewerbsrecht unterliegen. Die Monopolkommission steht einem solchen Übergang kritisch gegenüber. Marktabgrenzungen nach den Kriterien des Wettbewerbsrechts sind nicht dazu geeignet, Grundlage für die Entscheidung zu sein, ob ein Markt der sektorspezifischen Regulierung oder dem allgemeinen Wettbewerbsrecht unterliegt. Dagegen spricht bereits die grundsätzliche Erwägung, dass es bei Fragen der sektorspezifischen Regulierung oder Deregulierung auch um marktübergreifende Zusammenhänge und die Kohärenz des Ordnungsrahmens für die Branche insgesamt gehen muss. Die Monopolkommission schlägt vor, den Übergang in das allgemeine Wettbewerbsrecht insoweit „bereichsweise“ zu vollziehen, als zusammenhängende Funktionsbereiche in einem Block in das allgemeine Wettbewerbsrecht überführt werden. Bei der Definition der Funktionsbereiche kann sich die Bundesnetzagentur an der Märkteempfehlung der Europäischen Kommission orientieren, die die Telekommunikationsmärkte häufig weiter abgrenzt, als dies nach wettbewerbsrechtlichen Kriterien der Fall wäre. Dabei ist darauf zu achten, dass eine an Funktionsbereichen orientierte Überführung in das allgemeine Wettbewerbsrecht nicht dazu führt, dass notwendige Deregulierungsschritte verzögert werden.

6.* Bei der im Februar 2007 in das Telekommunikationsgesetz aufgenommenen Vorschrift zur Regulierung neuer Märkte handelt es sich im Wesentlichen um eine Klarstellung der ohnehin geltenden Rechtslage. Nach europäischem Telekommunikationsrecht sind neue und neu entstehende Märkte grundsätzlich von der Regulierung auszunehmen, ohne dass es dabei zu einem Wettbewerbsausschluss durch das führende Unternehmen kommt. Dem trägt § 9a TKG Rechnung, indem er neue Märkte zwar grundsätzlich von der Regulierung ausnimmt, eine solche in begründeten Ausnahmefällen aber gleichwohl zulässt. Rechtsunsicherheiten entstehen dadurch, dass es weder gelingt, das grundsätzliche Problem der Unterscheidung von neuen und alten Märkten gesetzlich vorzustrukturieren, noch die Ausnahme vom Grundsatz der Regulierungsfreistellung an ein gerichtlich überprüfbares Kriterium zu knüpfen.

7.* Die Frage, ob die Regelung des Telekommunikationsgesetzes zum Resale im Hinblick auf die Wettbewerbsentwicklung anpassungsbedürftig ist, beantwortet die Monopolkommission im Grundsatz wie vor zwei Jahren. Die Regelung selber steht nicht in Frage, da sie europarechtlich vorgegeben ist. Möglich ist die Streichung von § 21 Abs. 5 Nr. 3 Satz 2 TKG. Hier wird geregelt, dass die Bundesnetzagentur bei der Auferlegung einer Resale-Verpflichtung „die getätigten und die zukünftigen Investitionen für innovative Dienste zu berücksichtigen“ hat. Es ist davon auszugehen, dass durch Resale-Verpflichtungen die Innovationsanreize typischerweise nicht nachhaltig reduziert werden, sofern die Verpflichtungen angemessen sind. Nach dem Wegfall der Einschränkung des § 150 Abs. 5 TKG auf ein mit Verbindungsleistungen gebündeltes Anschluss-Resale zum 30. Juni 2008 sollte entbündeltes Resale als zusätzliche Verpflichtung auf dem Endkundenmarkt für Teilnehmeranschlüsse im Festnetz auferlegt werden, wenn die im Jahr 2008 anstehende zweite Marktanalyse das Fortbestehen der Regulierungsbedürftigkeit feststellt.

8.* Im Zuge der Überarbeitung des europäischen Rechtsrahmens für Kommunikationsdienste sollen nach den Vorstellungen der Europäischen Kommission unter anderem ein Vetorecht bei den Regulierungsmaßnahmen und die funktionale Separierung als zusätzliches Instrument der Regulierung

eingeführt werden. Die Monopolkommission steht dem kritisch gegenüber. Der europäische Rechtsrahmen aus dem Jahr 2002 räumt den nationalen Regulierungsbehörden ausdrücklich ein breites Ermessen bei der Auswahl der Instrumente ein, um möglichst flexibel auf die Besonderheiten der nationalen Märkte reagieren zu können. Ein Veto der Europäischen Kommission bei den Regulierungsmaßnahmen würde diese Flexibilität in Frage stellen. Es ist auch nicht notwendig, weil die mangelnde Übereinstimmung bei den Maßnahmen eher ein Ausdruck der unterschiedlichen Wettbewerbsentwicklungen auf den nationalen Telekommunikationsmärkten ist, als dass sie ein Problem der Regulierung darstellt. Vorstellbar ist ein auf die Abhilfemaßnahmen bezogenes Vetorecht der EU-Kommission bei Märkten mit erheblichen zwischenstaatlichen externen Effekten, wie dem Markt für International Roaming, sowie ein auf bestimmte Länder beschränktes Vetorecht, etwa wenn neue Mitgliedstaaten dies ausdrücklich wünschen. Vorstellbar wäre die Ausweitung der Vetorechte auf die Abhilfemaßnahmen auch dann, wenn die Vetobefugnisse der Europäischen Kommission auf Fälle beschränkt blieben, in denen eine nationale Regulierungsbehörde die Eingriffsintensität in einem Markt erhöhen oder gleich belassen möchte. Im Gegenzug würden dafür sämtliche Vetorechte der Kommission entfallen, wenn die Eingriffsintensität in einem Markt verringert wird.

9.* Die funktionale Separierung kann als Instrument der Regulierung vor allem zu Beginn der Liberalisierung eines Sektors mit ausgeprägter Monopolresistenz der Infrastruktur sinnvoll sein. In einem fortgeschrittenen Stadium der Wettbewerbsentwicklung, in dem – wie in der Telekommunikation – nicht nur ausgeprägter Dienstewettbewerb, sondern auch ein zunehmender Infrastrukturwettbewerb zu beobachten ist, macht die Einführung eines derart restriktiven Instruments keinen Sinn.

10.* Die Monopolkommission lehnt die Einrichtung einer europäischen Regulierungsbehörde, der „European Electronic Communications Market Authority“, zum gegenwärtigen Zeitpunkt ab. Ein nationaler Regulierer hat nicht nur Vorteile bei der Informationsbeschaffung und bei der Analyse nationaler Märkte, sondern kann bei seinen Entscheidungen in einem weitaus stärkeren Maße als ein zentraler Regulierer den Besonderheiten nationaler Märkte Rechnung tragen. Das wichtigste Argument für eine Zentralisierung der Regulierung ist, dass nationale Regulierer unter dem Einfluss von Politik und Interessengruppen den nationalen Incumbent bevorteilen. Es ist durchaus vorstellbar, dass es solche Interessenkollisionen zu Anfang der Liberalisierung auch in Deutschland und in den anderen etablierten Staaten der Gemeinschaft gegeben hat und vielleicht heute noch bei den neuen Mitgliedern gibt. Für die etablierten Mitgliedstaaten dürfte dieses Problem allerdings zehn Jahre nach der Marktöffnung an Bedeutung verloren haben.

11.* Mit der Mitte November 2007 in Kraft gesetzten überarbeiteten Empfehlung über relevante Produkt- und Dienstmärkte, die für eine sektorspezifische Regulierung in Betracht kommen, hat die Europäische Kommission weitreichende Deregulierungen eingeleitet. Statt bisher 18 sollen zukünftig nur noch sieben Märkte reguliert werden. Gegenstand der Deregulierung sind insbesondere die Endkundenmärkte. Die Monopolkommission begrüßt diesen Schritt. Sie weist aber ausdrücklich darauf hin, dass die Deregulierung auf der nationalen Ebene an die Durchführung eines Marktregulierungsverfahrens gemäß §§ 10 bis 12 TKG gebunden ist. Grundsätzlich kann ein solches Verfahren auch zu dem Ergebnis führen, dass ein Markt die Kriterien für die Regulierungsbedürftigkeit weiterhin erfüllt.

1. Einleitung

1.1 Gesetzlicher Auftrag

1. Nach § 121 Abs. 2 TKG erstellt 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 Telekommunikationsgesetzes 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.

2. Nicht eindeutig ist der gesetzliche Auftrag an die Monopolkommission im Hinblick auf die Beurteilung der Frage, ob nachhaltig wettbewerbsorientierte Telekommunikationsmärkte bestehen.¹ Das Kriterium des nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes ist einerseits Ziel der Regulierung und steht andererseits im Zusammenhang mit der Auferlegung oder Aussetzung von Regulierungsverpflichtungen. § 121 Abs. 2 TKG macht nicht deutlich, ob das Gutachten der Monopolkommission Hinweise darauf geben soll, ob und in welchen Bereichen der Telekommunikation das Ziel der Regulierung, nachhaltig wettbewerbsorientierte Märkte zu fördern, bereits erreicht ist, oder ob es Anhaltspunkte für den Umgang mit dem Kriterium der nachhaltigen Wettbewerbsorientierung der Märkte in konkreten Regulierungsverfahren geben soll. Nach Auffassung der Monopolkommission kann sich der Gutachtenauftrag des Telekommunikationsgesetzes lediglich auf Ersteres beziehen. Feststellungen im Zusammenhang mit Regulierungsverfahren, die Rechtsansprüche von Marktteilnehmern auf eine bestimmte Form der Regulierung oder die Unterlassung von Regulierung begründen, können nur durch die Regulierungsbehörde – die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen – getroffen werden.

3. Die Würdigung der Anwendung der Vorschriften des Telekommunikationsgesetzes über die Regulierung und Wettbewerbsaufsicht durch die Bundesnetzagentur geschieht erstmals auf der Grundlage eines gesetzlich verankerten Akteneinsichtsrechts. Mit dem Gesetz zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Vorschriften vom 18. Februar 2007 wurde § 121 Abs. 2 TKG um den Satz ergänzt: „Die Monopolkommission kann Einsicht nehmen in die bei der Bundesnetzagentur geführten Akten einschließlich der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, soweit dies zu einer ordnungsgemäßen Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlich ist.“² Die Monopolkommission wird damit in die Lage versetzt, die Amtspraxis der Behörde auf der Grundlage aller relevanten Informationen zu beurteilen. Ein gesetzlich geregeltes Akteneinsichtsrecht liegt auch im Interesse der Bundesnetzagentur, da es – anders als ein informelles Verfahren – Rechtssicherheit im Hinblick auf die Zulässigkeit der Informationsweitergabe an die Monopolkommission schafft.

4. Die Stellungnahme der Monopolkommission zu der Resale-Regelung bezieht sich auf sämtliche Vorschriften des Telekommunikationsgesetzes, die den Wiederverkauf von Telekommunikationsdiensten betreffen. Neben § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG sind das die Regelung zur Regulierung der Resale-Entgelte in § 30 Abs. 5 TKG sowie die Vorschrift zur Einführung des sog. entbündelten Resale in § 150 Abs. 5 TKG. Die Monopolkommission hat bereits in ihrem letzten Gutachten gemäß § 121

¹ Vgl. Monopolkommission, Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2005: Dynamik unter neuen Rahmenbedingungen, Sondergutachten 43, Baden-Baden 2006, Tz. 7.

² BGBl. I 2007 S. 106, 114.

Abs. 2 TKG darauf hingewiesen, dass Anpassungen aufgrund wettbewerblicher Entwicklungen am ehesten für die beiden letztgenannten Vorschriften in Betracht kommen. § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG, der die Möglichkeit für die Bundesnetzagentur vorsieht, Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze mit beträchtlicher Marktmacht eine Resale-Verpflichtung aufzuerlegen, steht selbst nicht zur Disposition. Der nationale Gesetzgeber hat aufgrund der Vorgaben des europäischen Telekommunikationsrechts keinen Spielraum, auf diese Verpflichtung zu verzichten oder sie grundsätzlich anders zu gestalten.³

1.2 Das Konzept des „nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes“

5. Die Monopolkommission hat sich bereits in ihrem letzten Sondergutachten gemäß § 121 Abs. 2 TKG kritisch mit dem Konzept des nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes im Telekommunikationsgesetz befasst.⁴ Der Begriff wird im Gesetz an verschiedenen Stellen in unterschiedlicher Weise genutzt. Zum einen als Ziel der Regulierung, zum anderen als Kriterium im Zusammenhang mit Regulierungsentscheidungen. Dabei wird nicht hinreichend deutlich, was genau unter einem nachhaltig wettbewerbsorientierten Markt zu verstehen ist. Die Neuformulierung der Definition des nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes in § 3 Nr. 12 TKG im Rahmen der TKG-Reform hat an dieser Einschätzung nichts geändert.

6. Gemäß § 3 Nr. 12 TKG ist ein nachhaltig wettbewerbsorientierter Markt, „ein Markt, auf dem der Wettbewerb so abgesichert ist, dass er auch ohne sektorspezifische Regulierung besteht“. Die Neuformulierung tritt an die Stelle der bisherigen Formulierung „ein Markt, auf dem der Wettbewerb so abgesichert ist, dass er auch nach der Rückführung der sektorspezifischen Regulierung fortbesteht“. Die Änderung ist laut Gesetzesbegründung eine sprachliche Anpassung im Hinblick auf § 9a, der sich mit der Freistellung neuer Märkte von der Regulierung befasst.⁵ Mit dem ausdrücklichen Hinweis auf eine sprachliche Anpassung macht der Gesetzgeber deutlich, dass er keine materielle Veränderung des Konzeptes vom nachhaltig wettbewerbsorientierten Markt im Sinn hatte. Für die Monopolkommission heißt dies, dass der Gesetzgeber unter einem nachhaltig wettbewerbsorientierten Markt weiterhin einen Markt mit einem „funktionsfähigen“ Wettbewerb in dem Sinne versteht, dass der Wettbewerb strukturell und nicht lediglich regulatorisch abgesichert ist. Dabei kann die strukturelle Absicherung des Wettbewerbs auf den Endkundenmärkten der Telekommunikation grundsätzlich auch durch eine effiziente Regulierung der Vorleistungsmärkte erfolgen. Wäre dem nicht so, müssten Endkundenmärkte so lange reguliert werden, bis sämtliche Vorleistungen, die für ihre Bereitstellung notwendig sind, dereguliert sind. Da ein Teil der Vorleistungen aufgrund ihrer Eigenschaft als Bottleneck gegebenenfalls langfristig zu regulieren sind, wäre eine Deregulierung auch der zugehörigen Endkundenmärkte langfristig nicht möglich.

7. Für die Analyse der Nachhaltigkeit der Wettbewerbsorientierung ist es von Bedeutung, dass der Begriff des nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes nicht lediglich ein Synonym für die Abwesenheit von Marktbeherrschung bzw. beträchtlicher Marktmacht ist.⁶ Dies ergibt sich bereits daraus, dass es in vielen Sektoren marktbeherrschende Unternehmen gibt, ohne dass es sinnvoll wäre, in diese Märkte mit spezifischer Regulierung einzugreifen. Dass auch der Gesetzgeber keine Begriffsparallelität vor Augen hatte, zeigt sich daran, dass er in § 3 Nr. 4 TKG den Begriff der beträchtli-

³ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 43, a.a.O., Tz. 8.

⁴ Vgl. ebenda, Tz. 9 ff.

⁵ Vgl. BT-Drs. 16/3635 vom 29. November 2006, S. 47.

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

chen Marktmacht eigenständig definiert und dass diese Definition nicht mit der des nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes übereinstimmt. Bei der Beurteilung der Nachhaltigkeit der Wettbewerbsorientierung im Sinne des § 121 Abs. 2 TKG geht es prospektiv um die wettbewerbspolitische Frage nach der Angemessenheit einer Deregulierung von Telekommunikationsmärkten und nicht um die wettbewerbsrechtliche Frage nach dem gegenwärtigen Vorliegen von Marktbeherrschung oder beträchtlicher Marktmacht.

8. Bei den §§ 9a, 18 Abs. 2, 21 Abs. 1 und 39 Abs. 1 TKG knüpft das Gesetz an das Kriterium des nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes bestimmte Rechtsfolgen. Dabei geht es entweder darum, ob ein Markt überhaupt der sektorspezifischen Regulierung unterliegt oder mit welchem Instrumentarium auf einem Markt reguliert wird. Nach Auffassung der Monopolkommission ist das in einem hohen Maße problematisch.⁷ Der nachhaltig wettbewerbsorientierte Markt ist kein wohldefiniertes Konzept der Wettbewerbstheorie oder Wettbewerbspolitik. Im Zweifel müsste die Regulierungsbehörde gerichtlich überprüfbar nachweisen, warum oder warum nicht mit der Entstehung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes zu rechnen ist. Das dürfte schwer fallen, weil es sich hier um Einschätzungen handelt, die zum Teil auf Wertungen beruhen. Sollten die Gerichte dem Regulierer bei der Frage, ob mit der Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes zu rechnen ist, wegen der Unbestimmtheit des Begriffes einen Beurteilungsspielraum einräumen, dann hieße dies, dass die gerichtliche Überprüfbarkeit von Regulierungsentscheidungen, die von großer Tragweite sein können, nachhaltig eingeschränkt ist. Aus Sicht der Monopolkommission ist dies nicht akzeptabel und spricht dagegen, an den Begriff des nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes konkrete Rechtsfolgen zu knüpfen.

1.3 Methodisches Vorgehen

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

7 Vgl. ebenda, Tz. 18.

2. Stand und Entwicklung des Wettbewerbs auf den Telekommunikationsmärkten

2.1 Umsätze auf den Telekommunikationsmärkten insgesamt

10. Die Umsätze im Gesamtmarkt für Telekommunikationsdienste sind im Jahr 2006 erstmals und im Jahr 2007 zunehmend rückläufig (vgl. Tabelle 1). Betroffen von Umsatzrückgängen sind sowohl das Festnetz als auch der Mobilfunk. Während die Umsätze im Festnetz aufgrund des Preisverfalls bereits seit 2005 sinken, wird davon im Jahr 2007 – nach der Stagnation im Jahr 2006 – auch der Mobilfunk erfasst. In beiden Bereichen kann das weiterhin gegebene Mengenwachstum den Preisverfall nicht mehr ausgleichen.⁸ Träger des Mengenwachstums sind im Festnetz weiterhin die Breitbandanschlüsse und im Mobilfunk die Zahl der Nutzer und das Verkehrsvolumen. Dem stehen in beiden Marktbereichen sinkende Preise entgegen. Im Festnetz sinken die Preise für Breitbandanschlüsse, die zunehmend im Rahmen von sog. Komplettangeboten aus einem Schmal- und einem Breitbandanschluss sowie Flatrates für Festnetztelefonie und Internetzugang angeboten werden. Im Mobilfunk sinken die Preise für Gesprächsminuten durch das verstärkte Auftreten von Discountanbietern mit sog. „No Frills“-Angeboten, bei denen vor allem der niedrige Preis im Vordergrund steht.

11. Erstmals rückläufig sind auch die Umsätze auf dem Markt für Carrierleistungen. Hier erfasst die Bundesnetzagentur die Umsätze der Festnetz- und der Mobilfunknetzbetreiber mit anderen Netzbetreibern, insbesondere Umsätze mit Zusammenschaltungsleistungen und der Vermietung von Teilnehmeranschlüssen. Der Marktanteil der Deutschen Telekom AG (DTAG) auf diesem Markt betrug 2006 49 %, der der Festnetzwettbewerber 19 % und der der Mobilfunknetzbetreiber 32 %. Hauptumsatzträger auf der Seite der DTAG ist neben den Zusammenschaltungsleistungen der entbündelte Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung (TAL). Zwar sinken die Preise für die Miete der TAL regulierungsbedingt, die Anzahl der vermieteten TAL nimmt aber weiterhin deutlich zu. Umsatzrückgänge im Markt für Carrierleistungen insgesamt sind vor allem mit sinkenden Zusammenschaltungsentgelten im Festnetz und im Mobilfunk zu erklären. Während die sinkenden Umsätze mit Zusammenschaltungsleistungen im Festnetz auf sinkenden Verkehrsmengen beruhen, die im Rahmen der Betreibervorauswahl erbracht werden, dürften die sinkenden Umsätze mit Zusammenschaltungsleistungen im Mobilfunk vor allem auf die regulierungsbedingt sinkenden Terminierungsentgelte zurückzuführen sein.

⁸ Zu demselben Ergebnis kommt die Studie, die Dialog consult im Auftrag des VATM erstellt hat. Vgl. Dialog Consult/VATM: Der deutsche Telekommunikationsmarkt – Zehn Jahre Liberalisierung im Festnetzmarkt, Ergebnisse einer Befragung der Mitgliedsunternehmen im „Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e.V.“ im Juli/August 2007, Köln, 16. Oktober 2007, Abb. 1.

Tabelle 1:**Entwicklung der Umsätze für Telekommunikationsdienste (Mrd.)¹**

	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007²
Gesamtmarkt	56,2	60,5	62,0	63,9	67,0	67,3	66,3	63,6
Leistungen auf der Basis von Festnetzanschlüssen ³	21,2	21,3	22,5	24,0	24,7	22,5	21,7	20,5
Mobiltelefondienst ⁴	17,4	19,2	19,9	21,1	22,8	23,0	23,1	22,1
Mietleitungen	1,2	1,2	1,0	1,0	0,9	0,9	0,8	0,8
Carriergeschäft (Interconnection) ⁵	6,3	6,6	6,4	7,1	7,6	7,8	7,6	7,4
Kabelfernsehen	2,6	2,7	2,8	2,8	2,9	3,0	3,0	3,0
Sonstige ⁶	7,4	9,6	9,4	7,9	8,2	10,0	10,0	9,8

¹ Differenzen zu früheren Angaben (vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 43, a.a.O., Tabelle 1, S. 20) durch Neuberechnung der Bundesnetzagentur.

² Prognose der Bundesnetzagentur auf der Grundlage der für das 1. Quartal 2007 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 Wahlverbindungen im Rahmen des Sprachtelefondienstes und des Internetzugangs. Wahlverbindungen zu Mehrwertdiensten und in das Internet schließen Leistungen ein, die über das bloße Herstellen der Verbindung hinausgehen (Informationsinhalte). Die Umsatzerlöse der Wiederverkäufer sind eingeschlossen.

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

⁵ Zusammenschaltungsleistungen, Anmietung von Teilnehmeranschlussleitungen, Inkassoleistungen und Preselectionleistungen.

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

Quelle: Bundesnetzagentur

Tabelle 2 zeigt die Umsatzanteile der Wettbewerber im Gesamtmarkt für Telekommunikationsdienste und in den einzelnen Marktsegmenten. Im Gesamtmarkt ist der Marktanteil der Wettbewerber weiter angestiegen auf 51 % im Jahr 2006 und prognostizierte 52 % im Jahr 2007. Marktanteilszuwächse hat es für die Wettbewerber der DTAG vor allem bei den Leistungen auf der Basis von Festnetzanschlüssen gegeben. Auslöser dieser Entwicklung sind der Verlust der DTAG an Teilnehmeranschlüssen sowie der Rückgang von Verkehrsmengen und Umsätzen im Telefondienst. Marktanteilszuwächse hat es für die alternativen Anbieter zudem bei den Mietleitungen und den sonstigen Leistungen gegeben.

Tabelle 2:**Umsatzanteile der Wettbewerber bei Telekommunikationsdiensten (%)¹**

	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007 ²
Gesamtmarkt	41	42	43	46	48	49	51	52
Leistungen auf der Basis von Festnetzanschlüssen	20	22	23	27	29	32	36	39
Mobiltelefondienst	69	72	68	70	71	71	72	71
Mietleitungen	42	54	60	51	56	73	77	80
Carriergeschäft (Interconnection)	40	39	44	55	54	52	51	50
Kabelfernsehen	55	68	68	96	100	100	100	100
Sonstige	30	21	28	16	17	18	19	21

¹ Differenzen zu früheren Angaben (vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 43, a.a.O., S. 23) durch Neuberechnungen der Bundesnetzagentur.

² Prognose der Bundesnetzagentur auf der Grundlage der für das 1. Quartal 2007 erhobenen Marktdaten.

Quelle: Bundesnetzagentur

2.2 Endkundenmärkte im Festnetz

12. Die Monopolkommission hat in ihren bisherigen Sondergutachten jeweils die Entwicklungen auf den Märkten für Sprachtelefondienste im Festnetz sehr differenziert nach Umsätzen und Verkehrsmengen dargestellt und kommentiert. Diese Praxis kann nicht mehr aufrechterhalten werden, da die zunehmende Vermarktung in Form von Bündelprodukten und Flatrates eine belastbare Segmentierung der Umsätze und Verkehrsmengen in Fern-, Auslands- und Ortsgespräche über Schmalbandanschlüsse sowie in Umsätze über Breitbandanschlüsse nicht mehr zulässt. Nachfolgend wird daher die Entwicklung der Umsätze auf der Basis von Festnetzanschlüssen undifferenziert dargestellt. Eine differenziertere Analyse des Wettbewerbs auf den Märkten für Festnetzverbindungen sowie für Schmal- und Breitbandanschlüsse wird anhand der mengenmäßigen Entwicklungen vorgenommen.

2.2.1 Umsätze auf der Basis von Festnetzanschlüssen

13. Von den Rückgängen der Endkundenumsätze auf der Basis von Festnetzanschlüssen in den Jahren 2005 bis 2007 sind die DTAG und ihre Wettbewerber in unterschiedlicher Weise betroffen. Während die DTAG im Festnetz kontinuierlich Endkundenumsätze verliert, konnten die Wettbewerber im Jahr 2006 noch weiter zulegen und ihren Umsatz im Jahr 2007 immerhin noch leicht steigern (vgl. Tabelle 3). Verursacht wurden die Umsatzrückgänge bei der DTAG durch den Verlust an schmalbandigen Teilnehmeranschlüssen. Deren Anzahl ging insgesamt und bei der DTAG deutlich zurück, während die Anzahl der von Wettbewerbern betriebenen Teilnehmeranschlüsse nachhaltig zunahm. Ausdruck dieser Entwicklung sind auch die Marktanteilsgewinne der Wettbewerber bei den Umsätzen auf der Basis von Festnetzanschlüssen (vgl. Tabelle 4).

Tabelle 3:**Entwicklung der Umsätze auf der Basis von Festnetzanschlüssen (Mrd. EUR)**

	2005	2006	2007²
DTAG	15,3	13,8	12,5
Wettbewerber ¹	7,2	7,9	8,0
Insgesamt	22,5	21,7	20,5

¹ Netzbetreiber, Internet Service Provider ohne Netz und Wiederverkäufer.

² Prognose der Bundesnetzagentur auf der Grundlage der für das 1. Quartal 2007 erhobenen Umsatzdaten.

Quelle: Bundesnetzagentur

Tabelle 4:**Entwicklung der Marktanteile nach Umsätzen auf der Basis von Festnetzanschlüssen (%)**

	2005	2006	2007¹
DTAG	68,0	63,6	61,0
Wettbewerber	32,0	36,4	39,0

¹ Prognose der Bundesnetzagentur auf der Grundlage der für das 1. Quartal 2007 erhobenen Umsatzdaten.

Quelle: Eigene Berechnungen auf der Grundlage der Daten der Bundesnetzagentur

2.2.2 Sprachtelefondienst im Festnetz

14. Die Entwicklung der Verkehrsmengen bei der Festnetztelefonie können nur näherungsweise bestimmt werden, da ein zunehmender Teil im Rahmen von Flatrates generiert wird und nicht mehr erfassbar ist.⁹ Bei den Daten der Bundesnetzagentur ebenfalls nicht erfasst werden die Internettelefonie (Voice over Internet Protocol, VoIP) sowie die Telefonie über Fernseekabelnetze. Beides nimmt allerdings an Bedeutung zu, wie die Ergebnisse der Dialog/VATM-Studie zeigen. Damit sind auf der Grundlage der von der Bundesnetzagentur für die Jahre 2005 und 2006 erhobenen Daten zu den Verkehrsmengen bei der Festnetztelefonie lediglich Tendenzaussagen möglich.

15. Die von der DTAG im Festnetz über schmalbandige Teilnehmeranschlüsse erbrachte Menge an Inlands- und Auslandsverbindungen – ohne VoIP und Telefonie über Kabelfernsehnetze – hat sich weiter verringert. Die Wettbewerber konnten dagegen in diesem Marktsegment noch zulegen (vgl. Tabelle 5). Allerdings kann die Zunahme der Verbindungsminuten bei den Wettbewerbern den Rückgang bei der DTAG nicht kompensieren, so dass die Menge der insgesamt im Festnetz über schmalbandige Teilnehmeranschlüsse erbrachten Verbindungsminuten im Jahr 2006 im Vergleich zum Vorjahr abgenommen hat.

⁹ Die von der Bundesnetzagentur für die Jahre 2005 und 2006 erhobenen Daten können nicht zu den Daten über Verbindungsminuten für Festnetzdienste in Beziehung gesetzt werden, die die Monopolkommission in ihren früheren Gutachten veröffentlicht hat, da diese auf einer anderen Grundlage erhoben wurden. Vgl. zuletzt Monopolkommission, Sondergutachten 43, a.a.O., Tabelle 3, S. 23.

Tabelle 5:

Inlands- und Auslandsverbindungen im Festnetz (Mrd. Minuten)
(ohne VoIP und Telefonie über Kabelfernsehnetze)

	2005	2006
Insgesamt	182	175
DTAG	104	96
Wettbewerber	78	79

Quelle: Bundesnetzagentur

16. Die auf dieser Grundlage ermittelte Marktanteilsverteilung bestätigt den Trend der vergangenen Jahre (vgl. Tabelle 6). Die Marktanteile der Wettbewerber nehmen sowohl bei den Inlands- als auch bei den Auslandsverbindungen zu. Der absolut von den Wettbewerbern erreichte Marktanteil ist bei den Auslandsverbindungen deutlich höher als bei den Inlandsverbindungen.

Tabelle 6:

Inlands- und Auslandsverbindungen im Festnetz – Marktanteile der Wettbewerber (%)
(ohne VoIP und Telefonie über Kabelfernsehnetze)

	2005	2006
Insgesamt	43	45
Inlandsverbindungen	41	43
Auslandsverbindungen	72	75

Quelle: Bundesnetzagentur

17. Ergänzt werden können die Aussagen zu der Entwicklung des Sprachtelefondienstes im Festnetz durch die Ergebnisse der Marktstudie von Dialog Consult/VATM.¹⁰ Sie schließt bei den untersuchten Verkehrsmengen die von den Wettbewerbern über Breitbandanschlüsse (VoIP) und über Kabelfernsehnetze erbrachten Sprachverbindungsminuten mit ein. Gezeigt wird, dass das Wachstum der Verbindungsminuten bei den Wettbewerbern zunehmend auf Internettelefonie (VoIP) und die Telefonie über Kabelfernsehnetze beruht. Im Jahr 2006 wurden danach 22,6 % der von den Wettbewerbern über eigene Anschlüsse generierten Verbindungsminuten über Breitbandanschlüsse als Internettelefonie erbracht. Dieser Anteil wird im Jahr 2007 nach der Prognose auf gut 30 % ansteigen. Auch das Fernsehkabelnetz nimmt für das Angebot von Sprachtelefonie durch alternative Anbieter an Bedeutung zu. Im Jahr 2006 lag der Anteil des Fernsehkabelnetzes bei den von den Wettbewerbern erbrachten Sprachverbindungen bei 4,7 %. Für das Jahr 2007 wird ein Anstieg auf etwa 6 % vorhergesagt.

18. Von Bedeutung ist, dass sich der Wettbewerb bei den Sprachtelefondiensten im Festnetz weiter verfestigt. Dies zeigt sich daran, dass der Anteil der Verbindungsminuten, die im Rahmen der Be-

¹⁰ Vgl. Dialog Consult/VATM, a.a.O., Abb. 8 und 9.

treibervorauswahl über Call-by-Call- und Preselectionverbindungen erbracht werden, abnimmt. Im Gegenzug nehmen die über eigene Anschlüsse erbrachten Verbindungsminuten deutlich zu. Der Anteil der über Anschlüsse alternativer Anbieter erbrachten Verbindungsminuten ist nach Angaben der Bundesnetzagentur von 28 % im Jahr 2005 auf 41 % im Jahr 2006 angestiegen. Dieser Trend wird von der Dialog/VATM-Studie bestätigt. Auch danach verringern sich Call-by-Call- und Preselectionverbindungen bei den Wettbewerbern sowohl absolut als auch relativ, während sich die Menge der über Komplettanschlüsse erbrachten Gesprächsminuten deutlich erhöht.¹¹ Gleichwohl liegt der Anteil der im Rahmen der Betreibervorauswahl vermittelt Call-by-Call und Preselection erbrachten Verbindungsminuten sowohl nach Angaben der Bundesnetzagentur als auch nach der Untersuchung von Dialog/VATM immer noch bei über 50 %.

19. Eine Ursache für die abnehmende Bedeutung von Call-by-Call und Preselection ist die zunehmende Nachfrage der Nutzer nach Bündelangeboten aus Anschluss- und Verbindungsleistungen bzw. nach Komplettangeboten einschließlich breitbandiger Internetzugänge. Sie führt dazu, dass die Marktanteile alternativer Anschlussnetzbetreiber zu Lasten reiner Verbindungsnetzbetreiber zunehmen.

2.2.3 Teilnehmeranschlüsse

20. Bei der Analyse der Marktverhältnisse bei den Teilnehmeranschlüssen im Festnetz stellt die Monopolkommission auf die Anzahl der Teilnehmeranschlüsse und zusätzlich auf die Anschlusskapazitäten in Form der Telefonkanäle ab. Die Zahlen differieren, da ein Analoganschluss über einen Sprechkanal, ein ISDN-Basisanschluss über zwei unabhängig voneinander nutzbare Kanäle und ein Primärmultiplexanschluss über 30 unabhängig nutzbare Sprechkanäle verfügt. Die Ende des Jahres 2006 geschalteten 38,57 Mio. Anschlüsse entsprechen 54,96 Mio. Kanälen.

21. Der Marktanteil der Wettbewerber bei Teilnehmeranschlüssen und Kanälen nimmt weiterhin zu (vgl. Tabellen 7 und 8). Nach der auf den Zahlen für das erste Quartal 2007 basierenden Schätzung der Bundesnetzagentur wird der Marktanteil der alternativen Anbieter Ende des Jahres 2007 bei 23,7 % (Kanäle) bzw. 18,6 % (Anschlüsse) liegen. Der höhere Marktanteil der alternativen Anbieter bei den Telefonkanälen ist Ausdruck dafür, dass die Wettbewerber der DTAG ihr Angebot auf die höherwertigen ISDN-Anschlüsse konzentrieren, während die DTAG noch eine große Anzahl Altkunden hat, für die eine technische Aufwertung ihres Anschlusses bislang keine Bedeutung hatte.

22. Die weiterhin große Anzahl von Analoganschlüssen ist nicht mehr ausschließlich mit Altkunden zu erklären, sondern durch die zunehmende parallele Nutzung von Breitbandanschlüssen. Während die gleichzeitige Nutzung des Telefonanschlusses für Telefonie und Internetzugang ohne DSL-Anschluss lediglich über einen ISDN-Anschluss geht, genügt bei der Nutzung von DSL für den Internetzugang ein Analoganschluss für das gleichzeitige Führen von Telefongesprächen. In den Zeiten der Internettelefonie wird die parallele Nutzung eines schmalbandigen Teilnehmeranschlusses ganz verzichtbar. Das wiederum scheitert bislang an einem entsprechenden Angebot der DTAG für Endkunden bzw. einem entsprechenden Vorprodukt für andere Netzbetreiber. Die Bundesnetzagentur hat allerdings im Rahmen der Regulierungsverfügung beim Breitbandzugang für Großkunden die DTAG dazu verpflichtet, ab April 2008 den sog. „Stand alone“-Bitstrom-Zugang anzubieten, der es

¹¹ Vgl. ebenda, Abb. 8.

Wettbewerbern ermöglicht, Endkunden Breitbandverbindungen anzubieten, ohne dass diese gleichzeitig einen Telefonanschluss bei der DTAG besitzen müssen.¹²

Tabelle 7:

Telefonanschlüsse und Marktanteile der Wettbewerber

	2005		2006		2007 ¹	
	Gesamtbestand (Mio.)	Marktanteile der Wettbewerber (%)	Gesamtbestand (Mio.)	Marktanteile der Wettbewerber (%)	Gesamtbestand (Mio.)	Marktanteile der Wettbewerber (%)
Analoganschlüsse	26,35	2,8	25,44	4,5	24,04	6,9
ISDN-Basis	12,38	20,1	12,69	27,5	13,07	35,3
ISDN-Primärmultiplex	0,121	23,1	0,118	24,6	0,113	26,0
Öffentliche Telefonstellen	0,108	3,3	0,110	3,0	0,110	2,8
Kabel-TV-Anschlüsse	0,111	100	0,310	100	0,790	100
Insgesamt	39,07	8,7	38,67	12,9	38,12	18,6

¹ Prognose der Bundesnetzagentur auf der Grundlage der für das 1. Quartal 2007 erhobenen Umsatzdaten.

Quelle: Bundesnetzagentur

Tabelle 8:

Telefonkanäle (Mio.) und Marktanteile (%)

	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007 ¹
Insgesamt	50,22	52,45	53,78	54,34	54,68	55,01	54,96	54,91
DTAG	49,36 (98,3 %)	50,83 (96,9 %)	51,51 (95,8 %)	51,23 (94,3 %)	50,41 (92,2 %)	48,28 (87,8%)	45,48 (82,7%)	41,89 (76,3%)
Wettbewerber	0,86 (1,7 %)	1,62 (3,1 %)	2,27 (4,2%)	3,11 (5,7 %)	4,27 (7,8 %)	6,73 (12,2%)	9,48 (17,3%)	13,02 (23,7%)

¹ Prognose der Bundesnetzagentur auf der Grundlage der für das 1. Quartal 2007 erhobenen Umsatzdaten.

Quelle: Bundesnetzagentur

23. Fortgesetzt hat sich die Differenzierung der Wettbewerbsverhältnisse nach den technischen Merkmalen der Anschlüsse. Während der Marktanteil der Wettbewerber bei den Analoganschlüssen auf niedrigem Niveau verharret, erreichen sie bei den ISDN-Basisanschlüssen und den nahezu aus-

¹² Vgl. Abschnitt 4.1.3.2.

schließlich für Geschäftskunden interessanten Primärmultiplexanschlüssen inzwischen deutlich höhere Marktanteile. Im Wesentlichen erklärt sich dies durch die höheren Umsätze, die mit den höherwertigen Anschlüssen erzielbar sind. Gleichwohl nimmt der Marktanteil der Wettbewerber bei den Analoganschlüssen auf niedrigem Niveau zu. 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. Feststellbar ist auch weiterhin eine regionale Differenzierung der Wettbewerbsverhältnisse bei den Teilnehmeranschlüssen. In einigen Regionen Deutschlands – z.B. in Hamburg oder Köln – werden die durchschnittlichen Wettbewerbermarktanteile deutlich übertroffen. Zwar liegen der Monopolkommission keine aktuellen regional differenzierten Angaben der Wettbewerbsverhältnisse bei den Teilnehmeranschlüssen vor, in Anbetracht der bisherigen Entwicklung ist allerdings davon auszugehen, dass es einzelne Regionen gibt, in denen der Marktanteil der Wettbewerber bereits über 50 % liegt. Andererseits gibt es auch weiterhin Regionen, in denen noch kein Anschlusswettbewerb möglich ist. Voraussetzung für ein alternatives Angebot ist die Realisierung der sog. Kollokation am Hauptverteilerstandort eines Anschlussbereichs.¹³ Von den 7.900 Anschlussbereichen der DTAG waren Mitte des Jahres 2006 rund 2.800 Kollokationsstandorte erschlossen.¹⁴ Damit sind weiterhin nur für 60 % der Anschlussinhaber die Voraussetzungen gegeben, dass sie zu einem alternativen Teilnehmernetzbetreiber wechseln können. Für 40 % der Haushalte ist das nicht möglich.

25. Ansteigend ist die Anzahl der Unternehmen, die in Deutschland Teilnehmeranschlüsse anbieten. War ihre Anzahl in den Jahren 2002 bis 2004 mit 64, 65 und 68 noch vergleichsweise konstant, stieg die Zahl der Anbieter im Jahr 2005 auf 71 und in 2006 auf 85. Die Marktanteile der meisten Anbieter sind verschwindend gering. Größere Anbieter mit nennenswerten Marktanteilen sind Arcor mit 2,8 Mio. Komplettanschlüssen, Hansenet mit 1,3 Mio., Versatel mit 0,7 Mio. sowie EWE TEL und NetCologne mit jeweils 0,4 Mio. jeweils im Jahr 2007.¹⁵

2.2.4 Breitbandanschlüsse

26. Die Anzahl der in Deutschland geschalteten Breitbandanschlüsse ist in den vergangenen zwei Jahren wiederum deutlich angestiegen (vgl. Tabelle 9). Ende des dritten Quartals 2007 lag die Gesamtzahl bei 18,6 Mio. Anschlüssen. Gemessen an der absoluten Anzahl an Breitbandanschlüssen und an der absoluten Zunahme im Vergleich zu 2006 nimmt Deutschland auch im europäischen Vergleich eine Spitzenposition ein.¹⁶ Die Penetrationsrate, gemessen in Anschlüssen pro 100 Einwohner, lag in Deutschland Mitte des Jahres 2007 bei 21,1 % und damit deutlich über dem Durchschnitt in der Europäischen Union, der 18,2 % betrug.

27. Bei den Übertragungstechnologien dominiert in Deutschland die Digital Subscriber Line (DSL), bei der der Zugang über das herkömmlich Telefonnetz erfolgt. Der Anteil der über DSL geschalte-

¹³ 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.

¹⁴ Vgl. BNetzA, Jahresbericht 2006, S. 66.

¹⁵ Vgl. Dialog Consult/VATM, a.a.O., Abb. 12.

¹⁶ Vgl. Communications Committee, Working Document, Broadband access in the EU: situation at 1 July 2007, COCOM07-50 Final, Brussels, 15 October 2007, S. 8, Abb. 1.

ten Breitbandanschlüsse lag Ende September 2007 bei 94,6 %. In absoluten Zahlen sind das 17,6 Mio. DSL-Anschlüsse. Die verbleibenden 1,0 Mio. Breitbandanschlüsse wurden ganz überwiegend in den Kabelfernsehtetzen realisiert.

Tabelle 9:

Breitbandanschlüsse (Mio.)

	2002	2003	2004 ²	2006	2006	30. 9. 2007
Anschlüsse insgesamt	3,2	4,5	6,9	10,8	15,0	18,6
DSL	3,2	4,4	6,8	10,5	14,4	17,6
Andere ¹	0,08	0,11	0,2	0,3	0,6	1,0

¹ Andere Anschlussarten sind Kabelmodem-, Powerline- und Satellitenanschlüsse. Den weitaus größten Anteil besitzen Kabelmodemanschlüsse.

² Nicht exakte Summenbildungen ergeben sich durch Rundungsfehler.

Quelle: Bundesnetzagentur

28. Von den Ende September 2007 in Deutschland geschalteten 18,6 Mio. Breitbandanschlüssen wurden insgesamt 10,1 Mio. durch Wettbewerber der DTAG realisiert, davon 6,5 Mio. auf der Basis eigener Anschlüsse (5,5 Mio. DSL und 1,0 Mio. andere Anschlussarten) und 3,6 Mio. im Wege des Wiederverkaufs von Teilnehmeranschlüssen der DTAG (T-DSL-Resale). Der Wiederverkauf von T-DSL-Anschlüssen durch alternative Anbieter ist aus der Sicht der Monopolkommission ein Teil des Wettbewerbs.¹⁷ Daher rechnet die Monopolkommission die auf der Basis von T-DSL-Resale geschalteten Anschlüsse den Wettbewerbern und nicht der DTAG zu. Der Marktanteil der Wettbewerber bei den Breitbandanschlüssen insgesamt stieg von 40,7 % im Jahr 2005 auf 54,3 % Ende des dritten Quartals 2007 (vgl. Tabelle 11). Der Marktanteil der Wettbewerber bei den DSL-Anschlüssen lag mit 51,7 % leicht unterhalb des Marktanteils bei den Breitbandanschlüssen insgesamt.

Tabelle 10:

DSL-Anschlüsse (Mio.)

	2002	2003	2004	2005	2006	30. 9. 2007
Anschlüsse insgesamt	3,2	4,4	6,8	10,4	14,4	17,6
DTAG	3,0	4,0	5,6	6,3	7,1	8,5
Wettbewerber	0,2	0,4	0,9	2,5	4,1	5,5
T-DSL-Resale	–	–	0,3	1,6	3,2	3,6

Quelle: Bundesnetzagentur

¹⁷ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 43, a.a.O., Tz. 46.

Tabelle 11:**Marktanteile der Wettbewerber an der Breitbandversorgung (%)**

	2002	2003	2004	2005	2006	30. 9. 2007
Breitbandanschlüsse	6,3	11,3	20,3	40,7	52,7	54,3
DSL-Anschlüsse	6,3	9,0	17,6	39,4	50,7	51,7

Quelle: Eigene Berechnungen auf der Grundlagen der Daten der Bundesnetzagentur

2.2.5 Internetnutzung und IP-TV

29. Mit der zunehmenden Verbreitung der Breitbandanschlüsse nimmt der Umfang des breitbandigen Datenverkehrs deutlich zu. Im Jahr 2005 betrug das Verkehrsvolumen 680 Mio. Gigabyte, im Jahr 2006 bereits 1.110 Mio. Gigabyte und im Jahr 2007 voraussichtlich 1.710 Mio. Gigabyte. Spiegelbildlich dazu nimmt der schmalbandige Datenverkehr seit 2002 kontinuierlich ab.¹⁸ Während im Jahr 2001 in Deutschland noch 127 Mrd. Schmalband-Internetverbindungsminuten generiert wurden, sank dieser Wert im Jahr 2006 auf 60 Mrd. Minuten und 2007 auf geschätzte 43 Mrd. Minuten.

30. Neben der klassischen Telefonie und der Internetnutzung werden zukünftig verstärkt auch Fernsehprogramme über das Telefonnetz, sog. IP-TV (TV über Internet Protokoll), angeboten. Möglich sind damit auch im Telefonnetz Komplettangebote, bestehend aus dem Anschluss und den Diensten Telefonie, Internetzugang und IP-TV (Triple-Play). Die Voraussetzung für die Übertragung von IP-TV ist ein DSL-Anschluss. Um eine störungsfreie TV-Qualität über den DSL-Anschluss liefern zu können, sind die DTAG und andere Telekommunikationsnetzbetreiber dabei, ihre Netze aufzurüsten. Die Anzahl der Endkunden für IP-TV war Mitte 2007 noch gering. Sie lag bei etwa 50.000.¹⁹ Die DTAG erwartet für Ende des Jahres 2007 100.000 bis 200.000 Fernsehkunden.

31. Mit der Möglichkeit, Triple-Play über DSL-Anschlüsse anzubieten, treten Kabelfernsehtreiber und Telekommunikationsanbieter in einen zunehmenden Wettbewerb. Bisher ist die Nutzung des Kabelfernseh- und des Telefonnetzes für das Angebot verschiedener Dienste allerdings immer noch sehr stark an ihren ursprünglichen Zwecken orientiert.²⁰ Nach Schätzungen von Dialog/VATM fielen Mitte des Jahres 2007 lediglich 0,2 % der täglich im Telefonnetz erbrachten Verbindungsminuten auf die Nutzung von IP-TV. 67,5 % der Nutzung entfielen auf die Telefonie und 32,5 % auf das Internet. Beim Fernseekabelnetz fielen Mitte des Jahres 2007 immer noch 94,8 % der Verkehrsmengen auf das Übertragen von Fernseh- und Rundfunksignalen, 4,3 % auf die Internetnutzung und lediglich 0,9 % auf die Telefonie.

2.3 Vorleistungen im Festnetz

32. Wesentliche Vorleistungen für die Wettbewerber im Festnetz sind die Anschlussvorleistungen, die Zusammenschaltungsleistungen, Fakturierungs- und Inkassoleistungen sowie Mietleitungen. Detaillierte Informationen über die Nutzung der Vorleistungen liegen für die Anschlussvorleistungen und die Mietleitungen vor. Bei den Zusammenschaltungsleistungen sowie den Fakturierungs- und Inkassoleistungen sind nur allgemeine Aussagen möglich.

¹⁸ Vgl. ebenda, Tz. 47.

¹⁹ Vgl. o.V., Fernsehen als neues Geschäftsfeld, Handelsblatt vom 24. Oktober 2007.

²⁰ Vgl. Dialog Consult/VATM, a.a.O., Abb. 10.

2.3.1 Vorleistungen für schmal- und breitbandige Teilnehmeranschlüsse

33. Alternative Teilnehmernetzbetreiber nutzen für das Angebot von Teilnehmeranschlüssen neben selbst verlegten Anschlussleitungen oder der funkgestützten Anbindung ganz überwiegend den entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung (TAL) der DTAG. Als TAL bezeichnet wird in der Regel die Leitung zwischen dem Hauptverteiler und dem Endkunden. Der entbündelte Zugang zur TAL ist eine regulierte Leistung, d.h. die DTAG ist dazu verpflichtet, Wettbewerbern den Zugang gegen Entgelt zu gewähren. Die Entgelte unterliegen der Ex-ante-Regulierung.

34. Der entbündelte Zugang zur TAL ist darüber hinaus Vorleistung für das Angebot von Breitbandanschlüssen. Je nach Übertragungsgeschwindigkeit werden über Breitbandanschlüsse neben dem schnellen Internetzugang Internettelefonie (VoIP) und Internetfernsehen (IP-TV) realisiert. Im zweiten Quartal 2007 basierten 57 % der von den Wettbewerbern vermarkteten DSL-Anschlüsse auf diesem Vorprodukt.²¹ Davon zu unterscheiden ist der gemeinsame Zugang zur TAL, das sog. Line Sharing. Im Fall des Line Sharing wird dem Wettbewerber nicht die komplette TAL, sondern lediglich ein bestimmter Frequenzbereich überlassen. Der untere Frequenzbereich der TAL, der der Sprachübertragung dient, wird im Rahmen des Line Sharing weiterhin von der DTAG genutzt, während der obere Frequenzbereich von dem alternativen Anbieter zur Datenübertragung per DSL genutzt wird. Line Sharing spielt als Vorprodukt für Breitbandanschlüsse bislang eine eher untergeordnete Rolle. Mitte des Jahres 2007 basierten etwa 120.000 Breitbandanschlüsse der Wettbewerber auf dieser Vorleistung.²²

35. Voraussetzung für die Inanspruchnahme der Anschlussvorleistungen ist eine vertragliche Vereinbarung zwischen Wettbewerbern und DTAG. Ende des Jahres 2006 gab es solche Vereinbarungen mit mehr als 100 Wettbewerbern.²³ Eine weitere Voraussetzung für die Nutzung der TAL ist der räumliche Zugang zum Hauptverteiler der DTAG, der als Kollokation bezeichnet wird. Im Rahmen der Kollokation stellt die DTAG den Wettbewerbern an den Hauptverteilern gegen Entgelt Raum zur Verfügung. Ende des Jahres 2006 hatten die Wettbewerber 2.800 von insgesamt 7.900 Hauptverteilern erschlossen. Damit sind etwa 60 % der Haushalte in der Lage, einen alternativen Anbieter von Teilnehmeranschlüssen zu wählen.

36. Die Anzahl der vermieteten TAL ist in den Jahren 2005 und 2006 auf 3,3 Mio. bzw. 4,7 Mio. gestiegen. Auf der Basis der Zahlen für das erste Quartal wird für das Jahr 2007 ein Anstieg auf 6,2 Mio. prognostiziert. Maßgeblich für den Anstieg der Anzahl realisierter Zugänge ist die Nachfrage der Wettbewerber nach hochbitratigen TAL, die für die Bereitstellung von DSL-Anschlüssen genutzt werden. Ansteigend ist auch der Zugang im Rahmen des Line Sharing. Dazu liegen der Monopolkommission allerdings keine detaillierten Zahlen vor.

37. Weitere Vorleistungsprodukte für Breitbandanschlüsse sind der Breitband- oder auch Bitstrom-Zugang (Bitstream Access) sowie das Anschluss-Resale. Beim Bitstrom-Zugang unterscheidet die Bundesnetzagentur je nach Übertragungstechnologie des Verbindungsnetzes und dem Übergabepunkt zwischen ATM- und IP-Bitstrom-Zugang.²⁴ Für beide Arten ist die Regulierungsbedürftigkeit festgestellt und der Zugang angeordnet. Bitstrom-Zugangsprodukte als solche werden Ende des Jahres 2007 noch nicht angeboten. Seit 2004 bietet die DTAG anderen Unternehmen auf freiwilliger

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

²² Angaben der Bundesnetzagentur im Rahmen der Stellungnahme gegenüber der Monopolkommission.

²³ Vgl. BNetzA, Jahresbericht 2006, S. 65.

²⁴ Vgl. Abschnitt 4.1.3.2.

Basis DSL-Anschlüsse zum Wiederverkauf an DSL-Resale war Mitte des Jahres 2007 das zweitwichtigste Vorleistungsprodukt für Breitbandanschlüsse. 42 % der Anschlüsse der Wettbewerber sind Resale-Anschlüsse.²⁵

2.3.2 Zusammenschaltung

38. Berührt eine Verbindung mehrere Telekommunikationsnetze, werden Zusammenschaltungsleistungen erbracht. Die Herstellung einer Verbindung von einem rufenden Anschluss zu einem Netzübergabepunkt wird Zuführung, die Herstellung einer Verbindung von einem Netzübergabepunkt zu einem angerufenen Anschluss Terminierung genannt. Je nachdem, auf welcher Netzebene Zusammenschaltungsleistungen erbracht werden, wird zwischen Local (Terminierung bzw. Zuführung), Single (regionalem) und Double (nationalem) Transit unterschieden. Nach dem geltenden Zusammenschaltungsregime "element based charging" (EBC) legt die Bundesnetzagentur bei der Tarifierung der Zusammenschaltungsentgelte ein zweistufiges Netzmodell zugrunde, das aus 475 lokalen Einzugsbereichen und 23 Grundeinzugsbereichen besteht. Ist ein Wettbewerber an 23 Zusammenschaltungsorten mit dem Netz der DTAG zusammengeschlossen, entfallen die Zusammenschaltungsleistungen auf der nationalen Ebene (Double Transit); erfolgt die Zusammenschaltung in allen 475 Einzugsbereichen, nimmt der Wettbewerber lediglich noch Local-Transit-Leistungen in Anspruch.

39. Detaillierte Informationen zu der aktuellen Wettbewerbssituation auf dem Markt für Zusammenschaltungsleistungen liegen der Monopolkommission nicht vor. Verfügbar sind lediglich Angaben der Bundesnetzagentur für die Umsätze der Netzbetreiber im Carriergeschäft ohne Mietleitungen. Die Umsätze mit Zusammenschaltungsleistungen sind dort enthalten und dürften einen maßgeblichen Anteil der Umsätze bei den alternativen Festnetzbetreibern und den Mobilfunknetzbetreibern ausmachen. Insgesamt wurden im Jahr 2006 im Carriergeschäft 7,6 Mrd. EUR umgesetzt. Nicht enthalten darin sind Binnenumsätze von Konzernen, wie die Verrechnung von Zugangsleistungen zwischen T-Mobile und T-Com oder zwischen der deutschen Vodafone und Arcor. 49 % der Umsätze im Carriergeschäft entfielen 2006 auf die DTAG, einschließlich T-Mobile, 19 % auf die alternativen Festnetzbetreiber und 32 % auf die drei Mobilfunknetzbetreiber Vodafone, E-Plus und O₂ Deutschland. Da der Anteil der Festnetz Wettbewerber an dem Gesamtumsatz im Carriergeschäft im Jahr 2002 erst bei knapp 12 % lag, kann davon ausgegangen werden, dass auch die alternativen Netzbetreiber in einem wachsenden Maße Umsätze auf dem Markt für Zusammenschaltungsleistungen tätigen.

2.3.3 Fakturierung und Inkasso

40. Für den Fall, dass die Anbieter von Telekommunikationsleistungen keine Vereinbarungen über den gegenseitigen Zugang zu Fakturierungs- und Inkassoleistungen getroffen haben, 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.

²⁵ Angaben der Bundesnetzagentur im Rahmen der Stellungnahme gegenüber der Monopolkommission.

41. Ein solche – freiwillige – Vereinbarung liegt seit dem Herbst 2004 vor. Darin haben sich die DTAG und die Mitgliedsunternehmen der beiden Branchenverbände 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.

2.3.4 Mietleitungen

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

43. Eine differenzierte Analyse der Wettbewerbssituation auf den Mietleistungsmärkten ist auf der Grundlage der Daten, die die Bundesnetzagentur der Monopolkommission zur Verfügung stellt, nicht möglich. Die Daten für den Gesamtmarkt unterscheiden nicht zwischen Mietleitungen für Endkunden und für andere Netzbetreiber. Ebenso wenig differenzieren sie nach den verschiedenen Typen von Mietleitungen und nach der Übertragungskapazität. Die Europäische Kommission unterscheidet im Bereich der Mietleitungen für andere Netzbetreiber Abschluss- und Fernübertragungssegmente.²⁶ Die bisher in Deutschland übliche zusätzliche Unterscheidung nach Übertragungskapazitäten von Mietleitungen lehnt die Europäische Kommission für die Vorleistungsmärkte ab. Die Bundesnetzagentur folgt dem inzwischen bei ihrer Analyse der Mietleistungsmärkte.

44. Die Daten, die der Monopolkommission zur Verfügung stehen, betreffen den Gesamtmarkt für Mietleitungen. Dieser ist bereits seit dem Jahr 2001 durch zwei Entwicklungen gekennzeichnet: (i) Die Gesamtumsätze nehmen ab und (ii) der Marktanteil der Wettbewerber nimmt zu und übertrifft den Marktanteil der DTAG. Diese Entwicklung hat sich im Berichtszeitraum fortgesetzt. Der Gesamtumsatz mit Mietleitungen ist im Jahr 2005 auf 867 Mio. EUR und 2006 auf 823 Mio. EUR gesunken. Für das Jahr 2007 wird ein Umsatz von 811 Mio. EUR vorhergesagt. Der Marktanteil der alternativen Netzbetreiber stieg 2005 auf 72,9 %, 2006 auf 77,0 % und wird 2007 voraussichtlich rund 80 % erreichen. Die Umsatzrückgänge auf dem Markt für Mietleitungen sind Folge der zunehmenden Verwendung selbst erstellter Netzinfrastrukturen der Wettbewerber. Die bei einem eigenen Netzausbau zumindest zeitweise entstehenden Überkapazitäten werden vermarktet. Da die selbst erstellten Infrastrukturen zumeist bei der DTAG angemietete Netze ersetzen, ist der Incumbent von den Umsatzrückgängen stärker betroffen als die alternativen Netzbetreiber.

²⁶ Vgl. Abschnitt 4.1.3.3.

2.4 Mobilfunk

45. Die Anzahl der Nutzer und die Menge an erbrachten Verbindungsminuten nehmen im Mobilfunk weiterhin deutlich zu. Der Preisverfall sorgt aber dafür, dass die Umsatzerlöse seit dem Jahr 2005 rückläufig sind (vgl. Tabelle 12). Die Anzahl der Anschlüsse pro 100 Einwohner (Penetration) ist im Jahr 2006 erstmals über 100 % gestiegen und wird nach der Vorhersage der Bundesnetzagentur im Jahr 2007 bei knapp 117 % liegen. Eine Penetration von mehr als 100 % bedeutet nicht zwingend, dass jeder Einwohner in Deutschland auch einen Mobilfunkanschluss besitzt, sondern ergibt sich rechnerisch aus der Anzahl der abgeschlossenen Verträge in Relation zu der Einwohnerzahl. Tatsächlich besitzen in Deutschland nach Angaben der Bundesnetzagentur 22 % der Haushalte zwar einen Festnetzanschluss, aber keinen Mobilfunkanschluss. Im Durchschnitt der Europäischen Union (EU 25) beträgt dieser Anteil lediglich 15 %. Das zeigt, dass Deutschland bei der Ausstattung der Haushalte mit Mobilfunkanschlüssen, trotz der rechnerisch hohen Penetration, immer noch Nachholbedarf besitzt.

Tabelle 12:

Nutzer, Verkehrsvolumen und Umsätze im Mobilfunk

	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007 ¹
Anzahl der Nutzer (Mio.)	56,126	59,128	64,839	71,322	79,271	85,652	96,000
Verbindungsminuten abgehend (Mio.)	30.130	31.930	35.089	38.469	43.003	57.112	68.337
Verbindungsminuten ankommend (Mio.)	28.558	31.177	33.329	36.312	43.123	52.761	60.308
Umsätze (Mio.) ²	22.620	23.571	25.271	27.331	27.246	26.873	25.024

¹ Prognose der Bundesnetzagentur auf der Grundlage der für das 1. Quartal 2007 erhobenen Umsatzdaten.

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

Quelle: Bundesnetzagentur

46. Angeboten werden die Mobilfunkdienste auch weiterhin durch die vier Netzbetreiber und eine Reihe von Service Providern, die Mobilfunkdienste der Netzbetreiber als Reseller im eigenen Namen weiterverkaufen. Die Marktanteile der Netzbetreiber verteilen sich Ende des Jahres 2006 wie folgt:²⁷

- T-Mobile 36,6 %,
- Vodafone 35,7 %,
- E-Plus 14,6 %,
- O₂ 12,9 %.

Ihre Marktposition leicht ausbauen konnten wiederum die kleinen Anbieter. E-Plus gewann im Jahr 2006 im Vergleich zum Vorjahr 1,2 Prozentpunkte und O₂ 0,6 Prozentpunkte hinzu. Diese Marktanteilsgewinne gehen zu ungefähr gleichen Teilen zu Lasten der beiden großen Netzbetreiber und sind auf aktiven Marken- und Preiswettbewerb zurückzuführen.

²⁷ Vgl. Dialog Consult/VATM, a.a.O., Abb. 19.

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

48. Die Preisentwicklung im Mobilfunk geht weiterhin nach unten. Im Durchschnitt kostete Mitte des Jahres 2007 eine Gesprächsminute 14 Cent. Im günstigsten Fall können Minutenpreise von unter 10 Cent erreicht werden. Begrenzt werden die Preissetzungsspielräume der Netzbetreiber durch die Terminierungsentgelte, die fällig werden, wenn ein Gespräch in einem anderen Mobilfunknetz zugestellt werden muss. Für die Terminierung erhalten die beiden großen Netzbetreiber in der laufenden Regulierungsperiode bis November 2007 8,78 Cent/Minute und die beiden kleineren Netzbetreiber 9,94 Cent/Minute.

49. Um die Ertragssituation des Unternehmens zu verbessern, hat E-Plus zu Beginn des Jahres 2007 den Betrieb des Mobilfunknetzes ausgelagert und an Alcatel-Lucent Deutschland übergeben. Damit sollen bis zu 20 % der Netzkosten eingespart werden. Da E-Plus und Alcatel-Lucent ihre Vertragsvereinbarung bereits nach wenigen Monaten auf fünf Jahre verlängert haben, ist davon auszugehen, dass die angestrebten betriebswirtschaftlichen Vorteile der Auslagerung realisiert werden.

50. Der Anteil der Mobilfunkgesprächsminuten an den insgesamt erbrachten Gesprächsminuten nahm in den Jahren 2006 und 2007 deutlich zu. Im Jahr 2005 lag dieser Anteil nach den Angaben von Dialog/VATM noch bei ca. 18 %, im Jahr 2006 bereits bei 23,5 % und Ende 2007 voraussichtlich bei knapp 30 %.²⁸ Diese Entwicklung spricht dafür, dass die Substitution von Festnetzgesprächen durch Mobilfunkgespräche voranschreitet. Das gilt nicht für die Anschlüsse. Der Anteil der Haushalte, die zwar einen Mobilfunkanschluss, aber keinen Festnetzanschluss besitzen, bleibt mit etwa 10 % im Jahr 2007 im Vergleich zum Vorjahr stabil.²⁹ Im europäischen Durchschnitt (EU 25 = 22 %) ist die Substitution von Festnetz- durch Mobilfunkanschlüsse deutlich weiter fortgeschritten.

51. Maßgebliche Einflussfaktoren der Festnetz-Mobilfunksubstitution sind die Preise und die Qualität der Verbindungen. Weniger ins Gewicht fallen heute Qualitätsunterschiede. Zwar gibt es weiterhin Regionen, in denen Mobilfunknetzbetreiber keine vollständige Netzabdeckung besitzen. Dieses Problem betrifft bei allen Netzbetreibern aber nur einen Bruchteil der Gesamtfläche der Bundesrepublik Deutschland. Spürbare Unterschiede in der Gesprächsqualität als solcher sind zwischen Mobilfunk und Festnetz kaum mehr festzustellen. Deutlich ist der Unterschied weiterhin bei den Preisen. Eine Gesprächsminute im Festnetz kostet bei einer minutengestützten Abrechnung häufig nicht mehr als 1 Cent. Damit sind Gesprächsminuten im Mobilfunk noch etwa um den Faktor 10 höher als im Festnetz. Hinzu kommt, dass im Festnetz zunehmend pauschal abgerechnet wird, während im Mobilfunk Flatrates für Gespräche noch eher die Ausnahme sind. Die Unterschiede bei der Preishöhe und Tarifgestaltung sowie die weiterhin gegebene überwiegend komplementäre Nutzung des Mobilfunks sprechen weiterhin dagegen, bereits jetzt von einem gemeinsamen Markt für Festnetz- und Mobilfunktelefonie auszugehen.

²⁸ Vgl. ebenda, Abb. 18.

²⁹ Angabe der Bundesnetzagentur im Rahmen der Stellungnahme gegenüber der Monopolkommission.

3. Nachhaltig wettbewerbsorientierte Märkte

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

3.1 Vorleistungen

53. Die Regulierung der Vorleistungen ist unverzichtbar, solange das Angebot der Wettbewerber auf den Endkundenmärkten nur dann bestehen kann, wenn sie auf die Infrastruktur des dominierenden Anbieters zurückgreifen können. Gegenwärtig und in absehbarer Zukunft sind die alternativen Anbieter von Telekommunikationsdiensten von Vorleistungen der DTAG abhängig. Dies gilt weiterhin ohne Einschränkungen für die Vorleistungen zur Bereitstellung von schmal- und breitbandigen Teilnehmeranschlüssen, lokale Zusammenschaltungsleistungen sowie Fakturierungs- und Inkassoleistungen. Nicht eindeutig ist die Situation bei den Mietleitungen.

54. Der entbündelte Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung ist weiterhin die wichtigste Vorleistung für das Angebot von schmalbandigen Teilnehmeranschlüssen und von DSL-Anschlüssen. Die Alternative dazu ist, dass Wettbewerber die Infrastruktur bis zum Endkunden selbst verlegen. Das ist in vielen Fällen unwirtschaftlich und würde zu lange dauern, als dass auf diese Weise Wettbewerb auf dem Endkundenmarkt für Teilnehmeranschlüsse entstehen kann. Der entbündelte Zugang zur TAL ist und bleibt auf absehbare Zeit eine wesentliche Einrichtung, auf deren Regulierung nicht verzichtet werden kann.

55. Dasselbe gilt für Line Sharing. Nachfrager nach Line Sharing bedienen Endkunden mit Breitbandanschlüssen, die ihren Teilnehmeranschluss weiterhin bei der DTAG haben. Zwar ist der Umfang, in dem Wettbewerber auf Line Sharing als Vorprodukt für Breitbandanschlüsse zurückgreifen, in Deutschland im Vergleich zu anderen europäischen Ländern eher gering. Gleichwohl ist die Nachfrage seit 2006 deutlich angestiegen. Möglicherweise wird dieses Geschäftsmodell in Anbetracht der zunehmenden Bedeutung von Komplettangeboten aus Telefon- und Breitbandanschluss sowie Telefondienst und Internetzugang auf mittlere Sicht wieder an Bedeutung verlieren. Ob und wann das passiert, ist gegenwärtig allerdings nicht absehbar.

56. Für eine weitere Belebung des infrastrukturbasierten Wettbewerbs bei den Breitbandanschlüssen werden die verschiedenen Formen des Bitstrom-Zugangs sorgen. Bitstrom-Zugang schließt auf der Vorleistungsebene eine Lücke in der Wertschöpfungskette zwischen dem entbündelten Zugang zur TAL und dem Anschluss-Resale. Während die alternativen Anbieter bei Rückgriff auf die TAL für ein flächendeckendes Angebot ca. 8.000 Hauptverteiler erschließen müssen, reicht bei Bitstrom-Zugang die Erschließung von 73 sog. Breitband-PoP (Points of Presence).

57. Um Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden und effiziente Infrastrukturinvestitionen zu fördern, müssen im Rahmen der Ex-ante-Regulierung die Entgelte für die verschiedenen Anschluss-

vorleistungen entlang der Wertschöpfungskette in konsistenter Weise aufeinander abgestimmt werden. Dies lässt sich nur dadurch gewährleisten, dass die alternativen Vorleistungen nach derselben Methode und demselben Kostenmaßstab reguliert werden.³⁰ Nicht möglich ist das, wenn, wie im Fall der Vorleistungen für Breitbandanschlüsse, Resale als alternative Vorleistung in Betracht kommt. Während der entbündelte Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung, Line Sharing und zukünftig der Bitstrom-Zugang gemäß den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung reguliert werden, sieht das Telekommunikationsgesetz für Resale-Entgelte eine Regulierung nach dem Retail-Minus-Ansatz vor. In Fall des DSL-Anschluss-Resale beruht das Angebot der DTAG nicht auf Regulierung, sondern erfolgt freiwillig. Die Entgelte unterliegen damit lediglich der nachträglichen Regulierung, für die ohnehin ein anderer Kostenmaßstab als im Rahmen der präventiven Regulierung gilt.

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

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

60. Verbindungsnetzbetreiber, die über keine eigenen Kundendaten verfügen, sind weiterhin darauf angewiesen, dass die DTAG für sie Fakturierungs- und Inkassoleistungen übernimmt. Dies gilt insbesondere für die Angebotsform des offenen Call-by-Call. Auch wenn der Anteil der auf diesem Wege erbrachten Verbindungsminuten seit 2005 deutlich zurückgegangen ist, bleibt ein Anteil an dem insgesamt durch Wettbewerber erbrachten Verkehrsvolumen von noch annähernd 30 %.³¹ Ein Wegfall der Verpflichtung der DTAG zur Übernahme von Fakturierungs- und Inkassoleistungen würde das Geschäftsmodell des Call-by-Call in Frage stellen. Dies hätte auch weiterhin erhebliche Auswirkungen auf den Wettbewerb bei den Verbindungsleistungen. Eine Regulierung ist verzichtbar, solange die Anbieter auf dem Verhandlungswege zu Vereinbarungen gelangen, die den alternativen Anbietern den Zugang zu den notwendigen Leistungen zu akzeptablen Bedingungen gewährleisten.

³⁰ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 43, a.a.O., Tz. 179 f.

³¹ Angabe der Bundesnetzagentur im Rahmen der Stellungnahme gegenüber der Monopolkommission.

61. Bei den Mietleitungen nimmt der Anteil der Wettbewerber am Gesamtmarkt deutlich zu und erreicht nach der Prognose der Bundesnetzagentur im Jahr 2007 80 %. Die reine Marktanteilsbetrachtung spricht dafür, von einem nachhaltig wettbewerbsorientierten Markt für Mietleitungen auszugehen. Eindeutig ist dieser Befund nicht, da die Angaben der Bundesnetzagentur weder zwischen Endkundenmärkten und Vorleistungsmärkten für Mietleitungen noch bei Letzteren zwischen Fernübertragungs- und Abschluss-Segmenten unterscheiden. Bei den Mietleitungen auf der Fernverkehrsebene hat die Monopolkommission bereits vor sechs Jahren funktionsfähigen Wettbewerb festgestellt.³² 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 weiterhin keine hinreichend differenzierten Informationen vor, um eine solche Feststellung mit letzter Sicherheit zu treffen.

3.2 Endkundenleistungen

3.2.1 Teilnehmeranschlüsse

62. Die Intensität des Wettbewerbs bei den schmalbandigen Teilnehmeranschlüssen hat in den vergangenen zwei Jahren spürbar zugenommen. Ende des Jahres 2007 werden knapp 19 % der Telefonanschlüsse im Festnetz und knapp 24 % der Telefonkanäle durch Wettbewerber bereitgestellt. Je nach Art des Anschlusses und nach Region variiert die Wettbewerbsintensität. Sie ist bei ISDN-Basisanschlüssen und in Ballungsräumen stärker, bei Analoganschlüssen und in ländlichen Räumen schwächer ausgeprägt. Ein Indiz für zunehmenden Wettbewerb ist auch die zunehmende Zahl von Unternehmen, die Teilnehmeranschlüsse anbieten. Zwischen 2004 und Ende 2006 stieg die Zahl der Anbieter von 68 auf 85.

63. Angestoßen wird der zunehmende Wettbewerb bei den schmalbandigen Teilnehmeranschlüssen durch die kompetitive Entwicklung bei den Breitbandanschlüssen. Auf diesem nicht regulierten Endkundenmarkt wurden Mitte des Jahres 2007 mehr als die Hälfte aller Anschlüsse durch die Wettbewerber bereitgestellt. In Verbindung mit der zunehmenden Nachfrage nach Bündel- und Komplettangeboten befördert diese Dynamik auch die Bereitschaft der Nutzer zu einem kompletten Anschlusswechsel.

64. Tendenziell zunehmend ist auch der Wettbewerb durch alternative Anslussttechnologien. Dynamisch entwickelt sich insbesondere die Telefonie über Kabelnetze. Die Zahl der Anschlüsse hier stieg von 111.000 im Jahr 2005 auf 310.000 im Jahr 2006 und etwa 790.000 Ende 2007. Die Nutzung des Fernsehkabelnetzes für den breitbandigen Internetzugang und Telefonie erfordert die technische Aufrüstung der Netze. Auch diese schreitet voran. Ende des Jahres 2006 war der Ausbau der Netzebene 3 so weit fortgeschritten, dass etwa 15 Mio. Haushalte in der Lage wären, neben dem Empfang von Rundfunk- und Fernsehsignalen und dem Internetzugang auch Telefonie über das Kabelnetz abzuwickeln.³³

³² Vgl. Monopolkommission, Wettbewerbsentwicklung bei Telekommunikation und Post 2001: Unsicherheit und Stillstand, Sondergutachten 33, Baden-Baden 2002, Tz. 180.

³³ Vgl. BNetzA, Jahresbericht 2006, S. 64.

65. Die Zunahme der Wettbewerbsintensität bei den schmalbandigen Teilnehmeranschlüssen reicht noch nicht aus, diesen Markt als nachhaltig wettbewerbsorientiert anzusehen. Wie bei den anderen Endkundenmärkten auch ist die Regulierungsintensität auf dem Markt für Teilnehmeranschlüsse bereits von der Ex-ante-Regulierung auf die Ex-post-Regulierung mit einer Anzeigepflicht bei der Einführung neuer Tarife reduziert worden. Eine weitere Reduzierung der Regulierungsintensität oder die vollständige Deregulierung kommt bei den Teilnehmeranschlüssen noch nicht in Betracht. Für diese Auffassung spricht, dass die DTAG auch bei einem auf gut 80 % gesunkenen Marktanteil weiterhin über eine deutlich dominierende Marktposition verfügt. Hinzu kommt, dass ein Drittel der Haushalte wegen der noch nicht erschlossenen Hauptverteiler auch im Jahr 2007 keine Möglichkeit besitzt, zwischen verschiedenen Teilnehmernetzbetreibern zu wählen.

3.2.2 Verbindungen

66. Ebenfalls weiter zugenommen hat die Wettbewerbsintensität bei den Inlands- und Auslandsverbindungen aus dem Festnetz. Bei den Auslandsverbindungen erbringen die Wettbewerber inzwischen fast drei Viertel des Verbindungsvolumens, bei den Inlandsgesprächen 43 %. Dabei ist die Menge der über schmalbandige Teilnehmeranschlüsse erbrachten Telefondienstminuten rückläufig. Deutlich zunehmend ist der Substitutionswettbewerb durch Internettelefonie, durch Kabelnetztelefonie und durch den Mobilfunk. Vor diesem Hintergrund geht die Monopolkommission davon aus, dass inzwischen sowohl der Markt für Auslandsverbindungen als auch der Markt für Inlandsverbindungen nachhaltig wettbewerbsorientiert sind. Daraus folgt, dass nach der bereits vor zwei Jahren erfolgten Entlassung des Marktes für Auslandsgespräche aus der sektorspezifischen Regulierung auch der Endkundenmarkt für Inlandsgespräche dereguliert werden kann.

67. Für diesen Deregulierungsschritt sprechen verschiedene Gründe:

- Der Wettbewerb in dem gesamten Bereich der Festnetztelefonie ist insoweit strukturell abgesichert, als ein zunehmender Anteil der Verbindungsminuten durch Anschlussnetzbetreiber statt durch Verbindungsnetzbetreiber erbracht werden. Da Anschlussnetzbetreiber vergleichsweise stärker in eigene Netze investieren, sind sie tendenziell schwieriger vom Markt zu verdrängen als Unternehmen mit geringeren „versunkenen Kosten“.³⁴
- Die von der Bundesnetzagentur vorgenommene unterschiedliche Einschätzung der Regulierungsbedürftigkeit der Märkte für Inlands- und Auslandsverbindungen überzeugt nicht. Die Strukturmerkmale beider Märkte, wie die Existenz von Marktzutrittsschranken, die Möglichkeit des Zugangs zu Beschaffungs- und Absatzmärkten oder zu Kapitalmärkten, unterscheiden sich nicht. Der deutliche Unterschied bei den Marktanteilen, den der Incumbent auf den Märkten für Inlands- und Auslandsverbindungen hält, spielt für die Frage der Deregulierung keine besondere Rolle.
- Die bereits vor zwei Jahren erfolgte Deregulierung des Marktes für Auslandsgespräche hat gezeigt, dass die Risiken für eine Verminderung der Wettbewerbsintensität oder gar eine Remonopolisierung gering sind.
- Hinzu kommt, dass die Monopolkommission keine Hinweise darauf hat, dass ihre vor zwei Jahren getroffenen Feststellungen zu der wirtschaftlichen Stabilität der alternativen Anbieter von Telefondiensten aus heutiger Sicht anders zu beurteilen wären.

³⁴ Vgl. Monopolkommission, Telekommunikation und Post 2003: Wettbewerbsintensivierung in der Telekommunikation – Zementierung des Postmonopols, Sondergutachten 39, Baden-Baden 2004, Tz. 83.

68. Beibehalten werden sollte die sektorspezifische Regulierung der Bündelprodukte aus Anschluss- und Verbindungsleistungen. Bündelprodukte bergen spezielle Gefahren für den Wettbewerb, wie die Gefahr von Quersubventionierungen oder Preis-Kosten-Scheren. Solche Risiken können dadurch begrenzt werden, dass Wettbewerber Zugang zu sämtlichen Bestandteilen der Produktbündel zu Preisen haben, die einem effizienten Anbieter die Nachbildung ermöglicht. Um diese Kontrolle zu gewährleisten, sollten Bündelprodukte aus Anschluss- und Verbindungsleistungen, wie die Teilnehmeranschlüsse selber, weiterhin der nachträglichen Entgeltregulierung mit Anzeigepflicht gemäß § 38 Abs. 1 TKG unterliegen.

4. Amtspraxis der Bundesnetzagentur

69. Die Monopolkommission hat gemäß § 121 Abs. 2 TKG die Amtspraxis der Bundesnetzagentur zu würdigen. Mit Inkrafttreten des geänderten Telekommunikationsgesetzes vom 18. Februar 2007 geschieht dies erstmals auf der Grundlage eines gesetzlich verankerten Akteneinsichtsrechts, welches auch die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse umfasst. In Anbetracht der Vielzahl der Entscheidungen der Bundesnetzagentur wird es allerdings auch weiterhin nur möglich sein, die für die Wettbewerbsentwicklungen wichtigsten Fälle zu behandeln, die auf der Grundlage einer systematischen Beobachtung der Entscheidungspraxis herauszufiltern sind. Zu den bedeutsamen Entscheidungen in diesem Sinne gehören die Beschlüsse im Rahmen der Marktdefinition und der Marktanalyse sowie die dazu gehörige Auferlegung von Verpflichtungen. Daneben werden Entscheidungen aus dem Bereich der Entgeltregulierung und der besonderen Missbrauchsaufsicht sowie Konsultationspapiere der Behörde zu grundsätzlichen Fragen der Gesetzesauslegung kommentiert.

4.1 Marktanalyse und Auferlegung von Regulierungsverpflichtungen

4.1.1 Verfahrensstand

70. Die Monopolkommission hatte in ihrem letzten Sondergutachten gemäß § 121 Abs. 2 TKG die unzureichende Umsetzung der Marktregulierung kritisiert. Gründe für die Zeitverzögerungen sind das langwierige Verfahren mit umfassenden Beteiligungsrechten auf nationaler und europäischer Ebene sowie die in Deutschland bisher praktizierte Trennung der Verfahren zur Marktanalyse und zur Auferlegung von Regulierungsmaßnahmen.³⁵ Bis Mitte des Jahres 2007 war die erste Runde der Marktanalyse und Auferlegung regulatorischer Verpflichtungen allerdings im Wesentlichen abgeschlossen.³⁶ Auf 15 der 18 Märkte der Kommissionsempfehlung³⁷ ist das Verfahren beendet. Der Markt für Auslandsroaming (Markt Nr. 17) ist nicht mehr zu analysieren, da die Regulierung seit dem 30. Juni 2007 gemeinschaftsweit auf der Grundlage der EU-Roaming-Verordnung erfolgt.³⁸ Wieder in der Anfangsphase ist man bei der Untersuchung der Großkundenmärkte für Mietleitungen (Märkte Nr. 13 und 14 der Kommissionsempfehlung). Ein erster Entwurf der Bundesnetzagentur für eine Marktabgrenzung und Marktanalyse aus dem Jahr 2006 war von der Europäischen Kommission nicht gebilligt worden. Eine geänderte Marktanalyse liegt seit März 2007 vor. Zum Abschluss dieses Gutachtens befindet sich der Entwurf in der Phase der Abstimmung mit der Europäischen Kommission und den nationalen Regulierungsbehörden. Eine Regulierungsverfügung ist noch nicht erlassen.

71. Mit dem Markt für Breitbandzuführung untersucht die Bundesnetzagentur einen Markt, der nicht in der Märkteempfehlung der Europäischen Kommission enthalten ist. Dies geschieht vor dem

35 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 43, a.a.O., Tz. 163 ff.

36 Dasselbe gilt für die übrigen EU-Staaten mit Ausnahme der zuletzt beigetretenen Staaten Bulgarien und Rumänien. Zum Stand der Verfahren in den übrigen Mitgliedstaaten vgl. Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen über die Überprüfung der Märkte entsprechend dem Rechtsrahmen der EU (2. Bericht), Konsolidierung des Binnenmarktes für elektronische Kommunikation, KOM(2007) 401 endg. vom 11. Juli 2007.

37 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. EU Nr. 114 vom 8. Mai 2003, S. 45.

38 Verordnung (EG) Nr. 717/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. Juni 2007 über das Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen in der Gemeinschaft und zur Änderung der Richtlinie 2002/21/EG, ABl. EU Nr. L 171 vom 29. Juni 2007, S. 32.

Hintergrund, dass es sich hier um ein bereits seit längerem ex ante reguliertes Vorprodukt handelt. Seit dem Inkrafttreten des Telekommunikationsgesetzes 2004 werden Regulierungsentscheidungen zu den entsprechenden Vorleistungsentgelten auf die Übergangsvorschrift des § 150 Abs. 1 TKG gestützt. Die Monopolkommission begrüßt, dass die Bundesnetzagentur mit der Analyse dieses Marktsegmentes für mehr Rechtssicherheit sorgt. Die Notifizierung der Marktanalyse bei der Europäischen Kommission ist seit Mitte Juni 2007 abgeschlossen. Eine Regulierungsverfügung liegt zum Zeitpunkt der Erstattung dieses Gutachtens noch nicht vor.

72. Teilweise noch nicht erfolgt ist die Umsetzung der Regulierung durch die Unternehmen. So hat die Bundesnetzagentur der DTAG zwar Verpflichtungen zum Angebot von Bitstrom-Zugang auf den Märkten für IP-Bitstrom und für ATM-Bitstrom auferlegt.³⁹ An einer vollständigen Umsetzung seitens des verpflichteten Unternehmens fehlt es allerdings immer noch.

73. Um den sich ändernden Marktgegebenheiten Rechnung zu tragen, muss die Marktregulierung alle zwei Jahre überprüft werden. Mit der Analyse des Marktes für den „Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung“ (Markt 11 der Märkteempfehlung: „Großkundenzugang zu Drahtleitungen und Teilleitungen für die Erbringung von Breitband- und Sprachdiensten“) ist die Bundesnetzagentur in die Wiederholungsuntersuchungen eingestiegen. Anders als bisher legt die Regulierungsbehörde den jeweils ersten Entwurf für die Marktanalyse und die Regulierungsverfügung zeitgleich, wenn auch weiterhin getrennt, vor. Die nationale Konsultation wurde Anfang Mai 2007 abgeschlossen. Die Notifizierung bei der Europäischen Kommission erfolgte am 25. Juni 2007.

4.1.2 Endkundenmärkte

4.1.2.1 Zugang zum öffentlichen Telefonnetz und Verbindungsaufbau an festen Standorten

74. Die Bundesnetzagentur untersucht die Endkundenmärkte „Zugang zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten“ (Märkte 1 und 2 der Märkteempfehlung der Europäischen Kommission), „öffentliche Inlandsverbindungen an festen Standorten“ (Märkte 3 und 5 der Empfehlung) sowie „öffentliche Auslandsverbindungen an festen Standorten“ (Märkte 4 und 6 der Empfehlung) in einem Verfahren.⁴⁰ Der Zugangsmarkt umfasst analoge Anschlüsse, ISDN-Anschlüsse und ISDN-Primärmultiplex-Anschlüsse.⁴¹ Der Markt für Inlandsverbindungen schließt Orts- und Ferngespräche ein. Nicht zu den sachlich relevanten Märkten gehören die Märkte für „systemorientierte Sprachverbindungen“ (spezielle Angebote für Großkunden) sowie für „Gespräche aus dem Festnetz in Mobilfunknetze“. Beide Märkte sollen getrennt analysiert werden. Für Gespräche aus dem Festnetz in Mobilfunknetze liegen Entwürfe für die Marktanalyse und die Regulierungsverfügung inzwischen vor. Für die systemorientierten Sprachverbindungen steht die Marktanalyse noch aus.

75. In dem Entwurf der Marktabgrenzung für die nationale Konsultation vom November 2004 unberücksichtigt blieb zunächst das Telefonieren über Datenleitungen nach dem Internetprotokoll (Voice over IP, VoIP). Dies wurde allerdings in dem Entwurf zur Notifizierung der Marktabgrenzung und Marktanalyse bei der Europäischen Kommission vom 21. November 2005 revidiert. Nunmehr

³⁹ Markt 12 der Märkteempfehlung der Kommission. Vgl. dazu auch Abschnitt 4.1.3.2.

⁴⁰ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 43, a.a.O., Tz. 122 ff.

⁴¹ Ein Analoganschluss ist der klassische Telefonanschluss, der über einen Sprechkanal verfügt. Ein ISDN-Basisanschluss verfügt über zwei getrennt voneinander nutzbare Sprechkanäle. Der ISDN-Primärmultiplex-Anschluss verfügt über 30 getrennt voneinander nutzbare Sprechkanäle und ist für größere Telekommunikationsanlagen konzipiert, wie sie in aller Regel nur von Unternehmen genutzt werden.

gehören VoIP-Dienste, die von Breitbandzugangsanbietern und von Dritten erbracht werden, zu den Märkten für In- und Auslandsverbindungen. Ausgeklammert werden einzig Anrufe innerhalb eines geschlossenen Netzes (reine Peer-to-Peer-Dienste).

76. Bei der Prüfung der Regulierungsbedürftigkeit gemäß § 10 Abs. 2 TKG – dem sog. Drei-Kriterien-Test – sowie der Frage, ob auf dem relevanten Markt beträchtliche Marktmacht vorliegt, kam die Bundesnetzagentur im November 2005 zu dem Ergebnis, dass die Märkte für den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz sowie für Inlandsverbindungen weiterhin regulierungsbedürftig sind und dass die DTAG über beträchtliche Marktmacht verfügt. Der Markt für Auslandsverbindungen ist dagegen nicht regulierungsbedürftig und fällt aus der sektorspezifischen Regulierung heraus. Bei den Auslandsgesprächen liegt der Marktanteil des ehemaligen Monopolisten sowohl nach Umsätzen als auch nach Verbindungsminuten zum Zeitpunkt der Marktanalyse unterhalb der im europäischen Wettbewerbsrecht für die Marktbeherrschung bedeutsamen 40 %-Schwelle. Der nächst größere Wettbewerber verfüge – so die Behörde – über einen „nicht unbedeutenden“ Marktanteil, bei einem ansonsten eher zersplitterten Restmarkt. Dies weise auf wirksamen Wettbewerb hin. Bei den Inlandsgesprächen sei dagegen keine längerfristige Tendenz zu wirksamem Wettbewerb feststellbar, da die Marktanteilsverluste des Incumbent in der Zeit zwischen 2001 und 2004 weniger stark seien und es sich nicht abzeichne, dass einer der Wettbewerber eine der DTAG vergleichbare Marktstellung erreichen und deren Position gefährden könne.

77. Die Monopolkommission teilt die Einschätzung der Bundesnetzagentur im Hinblick auf die Regulierungsbedürftigkeit für den Zugangsmarkt. Schwerer nachvollziehbar ist der Befund, dass die Regulierungsbedürftigkeit auf dem Markt für Auslandsverbindungen nicht mehr, auf dem Markt für Inlandsverbindungen jedoch weiterhin gegeben ist. Die Bundesnetzagentur begründet dies im Wesentlichen mit einer zeitpunkt- und vergangenheitsbezogenen Marktanteilsbetrachtung. Nach Auffassung der Monopolkommission greift das zu kurz. Die Beurteilung der längerfristigen Tendenz zu wirksamem Wettbewerb erfordert neben der Feststellung der aktuellen Wettbewerbsverhältnisse eine Prognose der zukünftigen Wettbewerbsentwicklungen. Innerhalb einer solchen Prognose wäre zu erläutern, warum die Marktstruktur bei den Inlandsgesprächen – anders als bei den Auslandsgesprächen – dauerhaft nicht kompetitiv ist. Im Rahmen dieser Untersuchung sind ähnliche Indikatoren zu analysieren wie bei der Prüfung der Marktbeherrschung.⁴² Dazu gehören neben dem Marktanteil weitere ökonomische Faktoren wie die Kostenstrukturen, die Preiselastizität der Nachfrage und die Markteintrittsfähigkeit potentieller Konkurrenten.⁴³ Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass diese Faktoren auf den Märkten für Auslands- und Inlandsverbindungen unterschiedlich zu beurteilen sind. Die Monopolkommission sieht die Regulierungsbedürftigkeit des Marktes für Inlandsverbindungen daher kritisch.

78. Dasselbe gilt für die Einschätzung der Regulierungsbedürftigkeit bei den Märkten für Verbindungen aus dem Festnetz in ausländische und inländische Mobilfunknetze. Die Bundesnetzagentur kommt auch hier zu dem Ergebnis, dass Gespräche aus dem Festnetz in nationale Mobilfunknetze weiterhin regulierungsbedürftig sind, während der Markt für Verbindungen aus dem Festnetz in ausländische Mobilfunknetze durch wirksamen Wettbewerb gekennzeichnet ist. Begründet wird das wiederum mit der unterschiedlichen Entwicklung der Marktanteile und der Existenz bzw. Nicht-

⁴² Vgl. Krüger, R., Marktabgrenzung im Telekommunikationssektor und die Definition von beträchtlicher Marktmacht (SMP), in: Kommunikation & Recht, Beilage 1/2003, S. 9 ff., hier S. 18.

⁴³ Siehe dazu auch Erwägungsgrund 14 der Märkteempfehlung der EU-Kommission.

existenz eines vergleichsweise starken Wettbewerbers. Der Monopolkommission fällt es auch in diesem Fall schwer nachzuvollziehen, warum sich Teilbereiche eines Marktes in einer längerfristigen Perspektive soweit unterschiedlich entwickeln sollen, dass der eine Teilbereich weiterhin der sektorspezifischen Regulierung unterliegen muss, während der andere nicht mehr regulierungsbedürftig ist. Die Bundesnetzagentur scheint bei der Deregulierung der Endkundenmärkte insgesamt zu zögerlich zu sein. Ähnlich sieht das offenbar auch die Europäische Kommission, die bei der Neufassung ihrer Märkteempfehlung nicht einzelne Teilmärkte, sondern die Verbindungsmärkte insgesamt aus der sektorspezifischen Regulierung herauszunehmen beabsichtigt.

79. Kritisch sieht die Monopolkommission die lange Zeitverzögerung bis zu einem Regulierungsverfahren auf dem Markt für Fest-Mobil-Verbindungen. Die Europäische Kommission hatte die Bundesnetzagentur bereits im Dezember 2005 aufgefordert, den Markt für Verbindungen in Mobilfunknetze zu analysieren und gegebenenfalls „innerhalb des kürzest möglichen Zeitraums“ regulatorische Maßnahmen vorzuschlagen.⁴⁴ Begründet wurde dies damit, dass eine Regulierung des Marktes für Inlandsverbindungen ohne die Berücksichtigung der Verbindungen in Mobilfunknetze nur eingeschränkt effektiv sei. Dies gilt insbesondere seit dem Abschluss des Regulierungsverfahrens auf den Märkten für die Anrufzustellung in einzelnen Mobilfunknetzen.⁴⁵ Während die Terminierungsentgelte im Mobilfunk, die ein maßgeblicher Kostenfaktor für die Gespräche in die Mobilfunknetze sind, ab November 2006 regulatorisch deutlich gesenkt wurden, blieben die Entgelte für Gespräche aus dem Festnetz in Mobilfunknetze mindestens bis in den Herbst 2007 konstant. Für die Festnetzbetreiber, insbesondere die DTAG, führt das zu Extraprofiten. Die Vermutung liegt nahe, dass die Endverbraucher für Gespräche aus dem Festnetz in Mobilfunknetze seit fast einem Jahr missbräuchlich überhöhte Entgelte zahlen. Vor diesem Hintergrund plädiert die Monopolkommission dafür, Regulierungsverfahren auf Märkten, die miteinander korrespondieren, zeitlich stärker zu koordinieren.

4.1.2.2 Mindestangebot an Mietleitungen

80. Die Märkteempfehlung der Europäischen Kommission enthält drei Mietleitungsmärkte. Den Endkundenmarkt „Mindestangebot an Mietleitungen“ (Markt 7 der Märkteempfehlung) sowie die Vorleistungsmärkte „Abschluss-Segmente von Mietleitungen für Großkunden“ und „Fernübertragungs-Segmente von Mietleitungen für Großkunden“ (Märkte 13 und 14). Im August 2006 hat die Bundesnetzagentur für die drei Märkte ein gemeinsames Notifizierungsverfahren für die Marktdefinition und Marktanalyse bei der Europäischen Kommission eingeleitet. Die Kommission hat Ende September 2006 die Feststellungen der Regulierungsbehörde zu dem Endkundenmarkt akzeptiert, gleichzeitig aber ernsthafte Zweifel an den Feststellungen zu den Vorleistungsmärkten geäußert. Die Verfahren wurden danach getrennt. Abgeschlossen ist inzwischen das Verfahren für den Endkundenmarkt. Noch nicht beendet dagegen sind die Verfahren zu den Vorleistungsmärkten.

81. Der Endkundenmarkt für Mietleitungen umfasst das Mindestangebot an Mietleitungen gemäß dem Beschluss der Kommission über das Mindestangebot an Mietleitungen vom 24. Juli 2003.⁴⁶ Zu

⁴⁴ Vgl. Europäische Kommission, Stellungnahme innerhalb des Notifizierungsverfahrens, SG-Greffe (2005) D/207601, Schreiben vom 21. Dezember 2005, S. 4 f.

⁴⁵ Vgl. Abschnitt 4.1.3.5.

⁴⁶ Beschluss der Kommission über das Mindestangebot an Mietleitungen mit harmonisierten Merkmalen und die entsprechenden Normen gemäß Art. 18 Universaldienstrichtlinie vom 24. Juli 2003 (2003/548/EG), ABl. L 186 vom 25. Juli 2003, S. 43.

differenzieren sind analoge und digitale Festverbindungen mit einer Übertragungsrate bis einschließlich 2 Mbit/s und solche mit mehr als 2 Mbit/s. Mit erfasst werden auch Mietleitungen, die Bestandteil von Systemlösungen sind. Mietleitungen mit einer Übertragungsrate mit mehr als 2 Mbit/s bilden einen eigenen relevanten Markt, da sie weder aus Sicht der Nachfrager noch aus Sicht der Anbieter mit Mietleitungen niedrigerer Übertragungsraten austauschbar sind.

82. Auf dem Endkundenmarkt für Mietleitungen mit mehr als 2 Mbit/s Übertragungsrate liegen nach Auffassung der Bundesnetzagentur die Kriterien des § 10 Abs. 2 TKG für eine Regulierungsbedürftigkeit nicht vor. Insbesondere fehlt es an hohen und unüberwindbaren Marktzutrittsschranken, da die Wettbewerber zum großen Teil bereits eigene Infrastrukturen in diesem Segment nutzen und die Marktanteile der DTAG bei Mietleitungen dieser Kategorie inzwischen vergleichsweise gering ist. Die Wettbewerbsprobleme auf diesem Markt sind mit den Mitteln des allgemeinen Wettbewerbsrechts zu lösen. Der Endkundenmarkt für Mietleitungen mit Übertragungsraten bis 2 Mbit/s sei dagegen weiterhin regulierungsbedürftig und durch beträchtliche Marktmacht der DTAG gekennzeichnet. Dafür sprechen die hohen Marktanteile der DTAG auf diesem Markt, vergleichsweise hohe strukturelle Marktzutrittsschranken sowie der geringe aktuelle und potentielle Wettbewerb. Die Europäische Kommission hat die Feststellungen der Bundesnetzagentur zu den Endkundenmärkten mit Schreiben vom 28. September 2006 akzeptiert.

83. Mit der Regulierungsverfügung vom Mai 2007 wird die DTAG dazu verpflichtet, ein Mindestangebot an Mietleitungen gemäß den Vorgaben der Europäischen Kommission vorzulegen. Die Entgelte für die erbrachten Leistungen unterliegen der nachträglichen Regulierung gemäß § 38 Abs. 2 bis 4 TKG. Auf eine Ex-ante-Regulierung der Entgelte und auf eine Verpflichtung zur Vorausmeldung der Entgelte vor Inkraftsetzen verzichtet die Bundesnetzagentur, weil die Regulierung der Vorleistungsmärkte ausreichen, die Regulierungsziele des Telekommunikationsgesetzes zu erreichen, und weil die DTAG freiwillig zugesagt hat, auf Preiserhöhungen bei Mietleitungen bis zu 2 Mbit/s zu verzichten und die Preise für Mietleitungen von mehr als 2 Mbit/s um 10 % zu senken. Die Europäische Kommission bezweifelt in ihrer Stellungnahme zu der Regulierungsverfügung, dass eine nachträgliche Preisregulierung hinreichend effektiv ist, das Marktversagen auf den Endkundenmärkten für Mietleitungen zu beseitigen. Dagegen spreche, dass die Analyse der Vorleistungsmärkte für Mietleitungen noch nicht abgeschlossen sei und damit hier noch keine wirksame Regulierung bestehe sowie die weiterhin starke Marktstellung der DTAG, die missbräuchliches Verhalten des Incumbent zulasse. Freiwillige Zusagen der DTAG, bestimmte Preise nicht zu erhöhen und andere Preise zu senken, bieten nach Auffassung der Europäischen Kommission keinen ausreichenden Schutz vor einem Preishöhenmissbrauch.

84. Die Monopolkommission schließt sich der Skepsis der EU-Kommission gegenüber Zusagen in Regulierungsverfahren an. Das Telekommunikationsgesetz sieht es nicht vor, auf bestimmte Regulierungsmaßnahmen aufgrund von Zusagen des betroffenen Unternehmens zu verzichten. Zusagen sind im allgemeinen Wettbewerbsrecht zur Vermeidung von Untersagungen bei Unternehmenszusammenschlüssen vorgesehen. Dies aber nur dann, wenn es sich dabei nicht um sog. Verhaltenszusagen handelt. Die Einhaltung von Verhaltenszusagen müsste, anders als etwa bei Veräußerungszusagen, laufend überprüft werden. Damit wäre eine Kartellbehörde überfordert. Die Zusage würde nicht die angestrebte Wirkung entfalten können. Ähnlich sind die hier von der Regulierungsbehörde entgegengenommenen freiwilligen Zusagen zu beurteilen. Eine Zusage, dass Preise nicht erhöht werden, ist laufend zu kontrollieren. Sie entspricht damit einer Verhaltenszusage, die bereits im Wettbewerbsrecht nicht zulässig ist.

4.1.3 Vorleistungsmärkte

4.1.3.1 Verbindungsleistungen im Festnetz

85. Zu den Verbindungsleistungen im Festnetz gehören 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.⁴⁷ 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.

86. Sachlich grenzt die Bundesnetzagentur 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 Primärmultiplex-Anschlüsse 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 (zum Zeitpunkt der Marktanalyse waren dies 53 Netze und damit 53 Terminierungsmärkte) einschließlich der lokalen Anrufweiterleitung.

87. Sämtliche untersuchten Märkte erfüllen nach den Feststellungen der Bundesnetzagentur die Kriterien für die Regulierungsbedürftigkeit.⁴⁸ Auf allen relevanten Märkten gelten die DTAG oder die jeweiligen Netzbetreiber als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht. Umstritten war die Frage der Marktbeherrschung bei der Anrufzustellung in den Netzen der alternativen Teilnehmernetzbetreiber.⁴⁹ Hier kam die Bundesnetzagentur zunächst zu dem Ergebnis, dass auf den einzelnen Märkten, trotz der Monopolstellung des Teilnehmernetzbetreibers, wirksamer Wettbewerb besteht. Erst als die Europäische Kommission ernsthafte Bedenken geäußert hatte, änderte die Regulierungsbehörde ihre Marktanalyse und stellte beträchtliche Marktmacht bei der Terminierung auch in den Netzen der alternativen Netzbetreiber fest.

88. Dass gleichwohl weiterhin Unterschiede bei der Beurteilung der Frage der Marktbeherrschung bei der Terminierung im Netz der DTAG und den Netzen der alternativen Netzbetreiber bestehen, wird bei der Auferlegung von Regulierungsmaßnahmen deutlich. Während die Bundesnetzagentur der DTAG die Verpflichtung zur Ex-ante-Entgeltregulierung auferlegt, beschränkt sie sich bei den alternativen Netzbetreibern auf die nachträgliche Entgeltregulierung ohne die vorherige Meldepflicht gemäß § 38 Abs. 1 Satz 1 TKG. Die Behörde begründet die unterschiedliche Regulierung

⁴⁷ Entspricht den Märkten 8 bis 10 der Märkteempfehlung der Kommission.

⁴⁸ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 43, a.a.O., Tz. 101 ff.

⁴⁹ Vgl. ebenda, Tz. 103 ff.

von Incumbent und alternativen Anbietern damit, dass § 30 Abs. 1 Nr. 1 TKG die nachträgliche Regulierung von Entgelten vorschreibe, wenn der Betreiber nicht gleichzeitig auf dem zugehörigen Endkundenmarkt – hier dem Markt für Festnetztelefonie – über beträchtliche Marktmacht verfügt. Zudem wäre die Ex-ante-Entgeltregulierung bei alternativen Netzbetreibern nach Ansicht der Behörde in Anbetracht der vorhandenen Wettbewerbsprobleme auf dem relevanten Markt unverhältnismäßig.

89. Nach Auffassung der Monopolkommission ist die Entscheidung, die Terminierungsentgelte der alternativen Betreiber von festen Teilnehmernetzen lediglich der nachträglichen Entgeltregulierung zu unterwerfen, in der Sache gerechtfertigt. Die präventive Regulierung der Entgelte würde bei momentan 53 Netzbetreibern einen nicht zu begründenden bürokratischen Aufwand auslösen. Hinzu kommt, dass die Gefahren einer missbräuchlichen Preissetzung allein schon deshalb gering sind, weil die Bundesnetzagentur bereits im Jahr 2004 entschieden hat, dass die Entgelte der alternativen Betreiber für die Terminierung um maximal 25 % höher liegen dürfen als die kostenorientiert regulierten Terminierungsentgelte der DTAG.⁵⁰ Das Zugeständnis von begrenzt höheren Entgelten wird nachvollziehbar mit höheren Kosten der Terminierung in alternativen Teilnehmernetzen begründet, etwa wegen einer unterschiedlichen Größe der Netze und der Anzahl der darüber versorgten Teilnehmer. Soweit die Bundesnetzagentur die Anwendung der nachträglichen Entgeltkontrolle allerdings mit dem Kriterium der doppelten Marktbeherrschung gemäß § 30 Abs. 1 Nr. 1 TKG begründet, ist aus zwei Gründen Vorsicht geboten. Erstens ist diese Vorschrift möglicherweise gemeinschaftsrechtswidrig. In der Sache ist nach wie vor ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland anhängig. Zweitens hat die Regulierungsbehörde im August 2006 in einem vergleichbaren Sachverhalt, nämlich bei der Terminierung von Gesprächen in einzelnen Mobilfunknetzen, anders entschieden und die Entgelte der präventiven Entgeltregulierung unterstellt, obwohl auf den zugehörigen Endkundenmärkten wirksamer Wettbewerb herrscht.⁵¹ Damit gibt es im Hinblick auf die Anwendung des Kriteriums der doppelten Marktbeherrschung gemäß § 30 Abs. 1 Nr. 1 TKG bei vergleichbaren Sachverhalten eine unterschiedliche Entscheidungspraxis der Behörde.

4.1.3.2 Breitbandzugang für Großkunden

90. Bitstrom-Zugang (Bitstream Access) für Großkunden ist ein Vorleistungsprodukt, mit dem alternative Internetzugangsanbieter ohne eigenes Netz oder alternative Netzbetreiber breitbandige Endkundenzugänge (DSL) realisieren können.⁵² Die Bundesnetzagentur unterscheidet nach der Übertragungstechnologie des Verbindungsnetzes und dem Übergabepunkt sachlich relevante Märkte für ATM- und IP-Bitstrom-Zugang. Den beiden Bitstrom-Zugangsmärkten entsprechen auf der Endkundenebene sämtliche DSL-Anschlüsse im Massenmarkt und im Premiumbereich. Wegen der Unterschiede bei der Erfüllung von Qualitätsstandards bedienen ATM- und IP-Bitstrom-Produkte unterschiedliche Nachfragen: IP-Bitstrom-Produkte werden vor allem von Unternehmen nachgefragt, die als Service Provider oder Carrier insbesondere den ADSL-Massenmarkt mit Internetzugangslösungen inklusive VoIP-Diensten bedienen wollen. Nachfrager von ATM-Bitstrom-Produkten zielen dagegen auf das Angebot höherwertiger Dienste, wie Video on Demand, die auf der Übertragungsebene andere Qualitätsstandards benötigen.

⁵⁰ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 43, a.a.O., Tz. 146 ff.

⁵¹ Vgl. Abschnitt 4.1.3.5.

⁵² Vgl. dazu ausführlich Monopolkommission, Sondergutachten 43, a.a.O., Tz. 116 ff.

91. Der erste Entwurf der Bundesnetzagentur zur Notifizierung der Marktabgrenzung und Marktdefinition wurde von der Europäischen Kommission zurückgewiesen. Die Kommission äußerte in ihrem Schreiben vom 11. November 2005 ernsthafte Bedenken gegen die Nichtberücksichtigung von Vorleistungen für VDSL-Verbindungen (Very High Data Digital Subscriber Line). Die Regulierungsbehörde hatte den Ausschluss damit begründet, dass eine entsprechende VDSL-Infrastruktur zum Zeitpunkt der Marktanalyse noch nicht bestehe und eine Verknüpfung mit entsprechenden Endkundenprodukten für den Geltungszeitraum der Marktanalyse nicht möglich sei. Eine Prognose über die Zugehörigkeit zum relevanten Markt könne daher noch nicht getroffen werden. Dem hatte die Europäische Kommission widersprochen und die Eröffnung der zweiten Prüfungsphase angekündigt.⁵³ Die Regulierungsbehörde hat daraufhin im Dezember 2005 die Marktabgrenzung dahingehend geändert, dass der Bitstrom-Zugang zu VDSL-Verbindungen eingeschlossen wird, soweit die Substituierbarkeit mit Bitstrom-Zugängen zu anderen DSL-Verbindungen gegeben ist. Eine Bewertung der Substituierbarkeit sei abschließend allerdings erst möglich, wenn die entsprechende VDSL-Infrastruktur vorhanden sei und darauf aufsetzende Endkundenprodukte angeboten würden. Mit Schreiben vom 23. Dezember 2005 hat die Europäische Kommission die ernsthaften Bedenken gegenüber den Feststellungen der Bundesnetzagentur zurückgenommen.

92. Mit einer Regulierungsverfügung vom Juli 2006 erlegt die Bundesnetzagentur der DTAG auf dem Markt für IP-Bitstrom-Zugang die Verpflichtung auf, Nachfragern Zugang zum Zwecke der Zusammenschaltung und Kollokation zu gewähren. Die Verpflichtung bezieht sich auf alle xDSL-Varianten, einschließlich VDSL. Das Angebot eines sog. „Stand alone“-Bitstrom-Zugangs, der es Wettbewerbern ermöglicht, Endkunden Breitbandverbindungen anzubieten, ohne dass diese gleichzeitig einen Telefonanschluss bei der DTAG besitzen müssen, muss ab April 2008 erfolgen.⁵⁴ Darüber hinaus werden der DTAG die Verpflichtungen zur Gleichbehandlung gemäß § 19 TKG, zur getrennten Rechnungsführung gemäß § 24 TKG sowie zur Veröffentlichung eines Standardangebotes auferlegt. Die Entgelte für Zugangsleistungen unterliegen der Ex-ante-Entgeltregulierung, es sei denn, dass im Rahmen der Definition und Analyse des DSL-Endkundenmarktes das Bestehen wirksamen Wettbewerbs festgestellt wird. In diesem Fall stünde der Verpflichtung zur Ex-ante-Entgeltregulierung § 30 Abs. 1 Nr. 1 TKG entgegen, wonach Zugangsentgelte der nachträglichen Entgeltregulierung unterliegen, wenn der Betreiber nicht gleichzeitig auf dem Vorleistungsmarkt und dem zugehörigen Endkundenmarkt über beträchtliche Marktmacht verfügt.

93. Die Regulierungsverfügung für den Markt für ATM-Bitstrom-Zugang vom Januar 2007 – erlassen im März 2007 – sieht für die DTAG die Verpflichtung zur Zusammenschaltung und Kollokation in Bezug auf sämtliche xDSL-Varianten einschließlich VDSL vor. Zusätzlich auferlegt werden die Verpflichtungen zur Gleichbehandlung, zur getrennten Rechnungsführung sowie zur Veröffentlichung eines Standardangebotes. Anders als beim IP-Bitstrom-Zugang beschränkt sich die Bundesnetzagentur beim ATM-Bitstrom-Zugang auf eine nachträgliche Entgeltregulierung. Eine strenge Kostenkontrolle sei verzichtbar, weil es sich bei dem Vorleistungsmarkt um einen vergleichsweise kleinen Markt handele, bei dem es weniger auf die Preise als vielmehr auf Qualitätsstandards für qualitativ hochwertige Endkundenprodukte ankomme. Darüber hinaus sei die Wettbewerbsintensi-

⁵³ Vgl. ebenda, Tz. 121.

⁵⁴ Ein solches Endkundenprodukt wird auch als „naked DSL“ bezeichnet. Es ermöglicht den Endkunden, gänzlich auf herkömmliche Telefonie zu verzichten und stattdessen vollständig auf VoIP umzusteigen. Vgl. dazu auch Monopolkommission, Mehr Wettbewerb auch im Dienstleistungssektor!, Hauptgutachten 2004/2005, Baden-Baden 2006, Tz. 49 ff.

tät auf dem Vorleistungsmarkt für ATM-Bitstrom-Zugang und den zugehörigen Endkundenmärkten höher als beim IP-Bitstrom-Zugang. Im Hinblick auf die Entwicklung eines sich selbst tragenden Wettbewerbs müsse berücksichtigt werden, dass die infrastrukturbasierten Wettbewerber der DTAG weniger an einer strengen Kostenorientierung als an einer konsequenten Umsetzung der nachträglichen Entgeltregulierung interessiert seien.

94. Kritisch sieht die Monopolkommission die Zeitdauer des Regulierungsverfahrens für den Bitstrom-Zugang. Der erste Entwurf einer Marktdefinition und Marktanalyse lag im April 2005 vor, die überarbeitete Fassung im Dezember 2005. Die Regulierungsverfügung für den IP-Bitstrom-Zugang wurde im September 2006 erlassen, die für den ATM-Bitstrom-Zugang im März 2007. Konnte die erste Verzögerung bei der Marktanalyse noch mit den Einwendungen der Europäischen Kommission erklärt werden, ist die Zeitdauer zwischen dem Abschluss der Marktanalyse und dem Erlass der Regulierungsverfügungen mit neun Monaten im Fall des IP-Bitstrom-Zugangs und sogar fünfzehn Monaten im Fall des ATM-Bitstrom-Zugangs nur schwer nachvollziehbar. Hinzu kommen die Verzögerungen bei der Umsetzung der Regulierungsverfügung, die allerdings weniger der Bundesnetzagentur als vielmehr dem regulierten Unternehmen und zum Teil auch den potentiellen Nachfragern von Bitstrom-Zugang anzulasten sind. Ein erstes Standardangebot der DTAG für IP-Bitstrom-Zugang lag im Dezember 2006 vor. Mit dem Abschluss des Überprüfungsverfahrens gemäß § 23 TKG ist allerdings nicht vor Ende des Jahres 2007 zu rechnen. Die Zeitdauer des Prozesses von der Vorlage des Standardangebotes über die Sichtung durch die Bundesnetzagentur, die notwendigen Rückkoppelungen mit den potentiellen Nachfragern, die Beanstandungen einzelner Elemente und die Neuvorlage hängt maßgeblich von dem regulierten Unternehmen ab. Hat dieses kein oder wenig Interesse an dem Angebot des Vorleistungsproduktes, dann gibt es viele Möglichkeiten, das Verfahren in die Länge zu ziehen. Verzögernd wirkt darüber hinaus, wenn sich die potentiellen Nachfrager über die gewünschte Ausgestaltung des Vorleistungsproduktes uneinig sind und unterschiedliche Forderungen in den Prozess einbringen. Weitere Verzögerungsmöglichkeiten gibt es bei dem auf den Abschluss des Überprüfungsverfahrens folgenden Entgeltgenehmigungsverfahren. Im Fall des IP-Bitstrom-Zugangs erfolgt die Regulierung im Genehmigungsverfahren gemäß den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung. Im Fall des ATM-Bitstrom-Zugangs müssen sich die DTAG und die Nachfrager auf ein Entgelt einigen. Erst wenn dies nicht gelingt, kann die Bundesnetzagentur angerufen werden, die dann gemäß § 25 Abs. 1 TKG ein Entgelt anordnet. Parallel zu diesen Verfahren wird die Bundesnetzagentur an der Wiederholung der Marktdefinition und -analyse arbeiten müssen, da die Regulierungsverfügung zum IP-Bitstrom-Zugang bereits im September 2008 wieder ausläuft.

4.1.3.3 Abschluss- und Fernübertragungs-Segmente von Mietleitungen

95. Bei der Abgrenzung der Vorleistungsmärkte für Abschluss- und Fernübertragungs-Segmente von Mietleitungen unterscheidet die Bundesnetzagentur in ihrem ersten Entwurf zur Marktdefinition und Marktanalyse analog zu dem Endkundenmarkt jeweils Märkte bis und über 2 Mbit/s Übertragungsrate. Im Ergebnis definiert sie damit zunächst vier Vorleistungsmärkte für Mietleitungen. Die Marktanalyse führt zu dem Ergebnis, dass die Märkte für Mietleitungen mit Übertragungsraten bis zu 2 Mbit/s wegen hoher Marktzutrittsbarrieren, dem Fehlen einer Tendenz zu wirksamem Wettbewerb und der Unzulänglichkeit des allgemeinen Wettbewerbsrechts regulierungsbedürftig sind, die Märkte für Mietleitungen mit mehr als 2 Mbit/s dagegen nicht. Bei Letzteren herrscht nach Auffassung der Regulierungsbehörde bereits aktuell wirksamer Wettbewerb. Die DTAG und T-System

tems verfügen auf den Vorleistungsmärkten für Mietleitungen bis zu einer Bandbreite von 2 Mbit/s über beträchtliche Marktmacht und sind zu regulieren. Bei den Vorleistungsmärkten für Mitleitungen mit mehr als 2 Mbit/s Übertragungsrate besteht keine beträchtliche Marktmacht. Die bestehenden Regulierungen dieser Märkte wären damit aufzuheben.

96. Die Europäische Kommission äußert in ihrer Stellungnahme zu dem Notifizierungsentwurf der Regulierungsbehörde vom 29. September 2006 ernsthafte Zweifel hinsichtlich der Feststellungen zur Marktdefinition und dem Fehlen beträchtlicher Marktmacht. Die Zweifel betreffen die Unterscheidung der Märkte nach Bandbreiten bis und über 2 Mbit/s. Die Regulierungsbehörde hat aus Sicht der EU-Kommission nicht hinreichend dargelegt, warum überhaupt und warum gerade bei 2 Mbit/s eine Segmentierung der Mietleistungsmärkte nach Übertragungsrate vorzunehmen ist. Bemängelt wird darüber hinaus, dass die Bundesnetzagentur zwar getrennte relevante Märkte für Abschluss- und Fernübertragungs-Segmente definiert hat, diese Märkte aber nicht getrennt, sondern als einheitliche Märkte analysiert hat. Dieser Mangel wiegt nach Auffassung der Europäischen Kommission um so schwerer, als die Erfahrungen in anderen Mitgliedstaaten zeigen, dass die Wettbewerbsbedingungen auf beiden Märkten nicht immer übereinstimmen. Das von der Bundesnetzagentur für die gemeinsame Analyse der Märkte vorgebrachte Argument, dass die genauen Marktanteile für Abschluss- und Fernübertragungs-Segmente nicht zu ermitteln seien, spreche dafür, bei der Beurteilung von Regulierungsbedürftigkeit und beträchtlicher Marktmacht andere Merkmale für die Existenz beträchtlicher Marktmacht, wie Markteintrittsbarrieren, Duplizierbarkeit der Infrastrukturen und das Vorliegen potentiellen Wettbewerbs, für die relevanten Märkte getrennt zu untersuchen.

97. In ihrem überarbeiteten Entwurf einer Marktdefinition und Marktanalyse für die Märkte für Abschluss- und Fernübertragungs-Segmente von Mietleitungen vom 7. März 2007 verzichtet die Bundesnetzagentur auf die Definition von nach Bandbreiten getrennten Märkten. Sie begründet dies mit technischen Neuerungen, wie der Einführung und vermehrten Nutzung ethernetbasierter Mietleitungen. Im Gegensatz zu klassischen Mietleitungen gestatten ethernetbasierte Mietleitungen eine flexible Staffelung der Bandbreiten. Daraus folgt, dass das bisherige Argument einer fehlenden Austauschbarkeit der Mietleitungen großer und weniger großer Übertragungskapazität auf der Nachfrageseite nicht mehr haltbar sei. Relevant sind nunmehr nur noch zwei Märkte, nämlich der für Abschluss-Segmente und der für Fernübertragungs-Segmente von Mietleitungen. Bei beiden Märkten handelt es sich um nationale Märkte. Der durchgeführte Drei-Kriterien-Test zur Feststellung der Regulierungsbedürftigkeit sowie die Marktanalyse kommen zu dem Ergebnis, dass der Markt für Abschluss-Segmente von Mietleitungen die Kriterien für die Regulierungsbedürftigkeit erfüllt und dass die DTAG dort über beträchtliche Marktmacht verfügt. Obwohl die Wettbewerber in einer Reihe von Städten eigene Infrastrukturen errichtet haben, können nach den Feststellungen der Regulierungsbehörde weder einzelne alternative Anschlussnetze und noch alle alternativen Anschlussnetze zusammen auch nur annähernd eine der DTAG vergleichbare Flächendeckung erreichen. Damit könne nur der Incumbent jede beliebige Punkt-zu-Punkt-Verbindung garantieren. Anders ist dies bei den Fernübertragungs-Segmenten von Mietleitungen. Hier ist der Marktanteil der DTAG inzwischen deutlich unter die Vermutungsschwelle für die Marktbeherrschung gesunken. Hinzu kommt, dass es hier starke Wettbewerber mit nahezu vergleichbaren Marktanteilen wie die DTAG gibt. Dies spricht dafür, dass auf dem Markt wirksamer Wettbewerb herrscht.

98. Im Ergebnis entsprechen die Feststellungen der Bundesnetzagentur auf dem Markt für Fernübertragungs-Segmente von Mietleitungen den Feststellungen, die die Monopolkommission in ihren

letzten beiden Sondergutachten zu den Mietleistungsmärkten vertreten hatte.⁵⁵ Die Monopolkommission hatte – gestützt auf die Daten der Regulierungsbehörde und ein Gutachten des Wissenschaftlichen Instituts für Kommunikationsdienste (WIK) – die Mietleistungsmärkte für Fernverbindungen und für lokale Verbindungen unterschieden. Der Markt für Fernverbindungsmietleitungen galt wegen der Existenz paralleler Infrastrukturen auf dieser Netzebene sowie der dort bestehenden teilweisen Überkapazitäten bereits im Jahre 2001 als Markt mit funktionsfähigem Wettbewerb bzw. als nachhaltig wettbewerbsorientierter Markt. Bei den lokalen Mietleitungen gab und gibt es weiterhin Unsicherheiten über den genauen Befund, da die vorliegenden Informationen nicht ausreichen, die Wettbewerbsentwicklungen in diesem Marktsegment mit ausreichender Sicherheit einzuschätzen.

4.1.3.4 Zugang und Verbindungsaufbau in Mobiltelefonnetzen

99. Unter Zugang zu einem öffentlichen Mobiltelefonnetz ist auf der Vorleistungsebene die Anbindung eines Telekommunikationsunternehmens an ein Mobilfunknetz zu verstehen. Der Zweck einer solchen Anbindung besteht darin, den Endkunden des Telekommunikationsunternehmens die Einbuchung in das Mobiltelefonnetz zum Absetzen und zur Entgegennahme von Anrufen zu ermöglichen. Der Zugang zu einem Mobiltelefonnetz erfolgt physisch über die sog. SIM-Karte (SIM = Subscriber Identity Module). Der Verbindungsaufbau – auch als Zuführung bezeichnet – erfolgt durch den Austausch von Signalisierungsinformationen bzw. den Aufbau eines Nutzkanals zwischen dem Endgerät des anrufenden Teilnehmers und einer zusammenschaltungsfähigen Vermittlungseinrichtung des Netzbetreibers. Unter Verbindungsaufbau versteht man damit Verbindungsleistungen, die der Mobilfunknetzbetreiber, an dessen Netz der anrufende Teilnehmer angeschlossen ist, dem die Endkundenleistung erbringenden Telekommunikationsdiensteanbieter an einer Vermittlungsstelle erbringt.

100. Im Einzelnen unterscheidbare Zugangs- und Verbindungsleistungen, die auf jeweils eigenen sachlich relevanten Märkten erbracht werden, sind gemäß den Feststellungen der Regulierungsbehörde:

- Leistungen für Betreiber virtueller Mobilfunknetze (Mobile Virtual Network Operator, MVNO),
- Leistungen für Diensteanbieter (Service Provider),
- Leistungen im Rahmen des Rückgriffs auf ein fremdes Mobilfunknetz (National Roaming).

MVNOs sind Anbieter von Mobilfunkleistungen ohne eigenes Funknetz, aber mit eigener Netzinfrastruktur im Backbone-Bereich sowie einer eigenen Vermittlungsinfrastruktur. MVNOs bieten den Endkunden unter Rückgriff auf die Netzinfrastruktur eines Mobilfunknetzbetreibers Dienste im eigenen Namen, auf eigene Rechnung und unter Verwendung eigener SIM-Karten an. Eine Variante der MVNO-Geschäftsmodelle ist der sog. Mobile Virtual Network Enabler (MVNE), der keine unmittelbare Vermarktung gegenüber Endkunden betreibt, sondern die selbst gestalteten Mobilfunkprodukte über das Vertriebssystem einer bestimmten Marke veräußert. In Deutschland ist gegenwärtig lediglich ein MVNO – nämlich die MVNE Vistream GmbH – tätig, der einen Nutzungsvertrag für Basisstationen und eine Mobilfunklizenz mit E-Plus abgeschlossen hat.

Service Provider vertreiben über das Netz eines Mobilfunknetzbetreibers Mobilfunkdienste im eigenen Namen und auf eigene Rechnung. Im Gegensatz zu MVNOs verfügen Service Provider über keine eigene Infrastruktur. In aller Regel beschränken sich die in Deutschland tätigen Service Provi-

⁵⁵ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 33, a.a.O., Tz. 83 ff. sowie 180; dies., Sondergutachten 43, a.a.O., Tz. 72.

der, wie Debitel, Talkline oder Mobilcom, auf den Wiederverkauf von Leistungen der Netzbetreiber. Die GSM-Mobilfunklizenzen der drei Netzbetreiber T-Mobile, Vodafone und E-Plus enthalten die Auflage, Service Providern Zugang unter transparenten und nichtdiskriminierenden Bedingungen zu gewähren. Die GSM-Lizenz von O₂ Germany enthält diese Verpflichtung nicht. Anders ist dies wiederum bei den UMTS-Lizenzen, die alle vier Netzbetreiber im Hinblick auf die Diensteanbieterverpflichtungen gleich behandelt. Verpflichtungen für den Zugang von MVNOs gibt es für keinen der vier Mobilfunknetzbetreiber.

Das Vorleistungsprodukt National Roaming ermöglicht es einem Mobilfunknetzbetreiber, auf das Netz eines anderen inländischen Mobilfunknetzbetreibers zurückzugreifen. Dies ist dann notwendig, wenn das eigene Netz noch nicht umfassend ausgebaut worden ist. In Deutschland existiert lediglich ein National-Roaming-Abkommen, nämlich das zwischen T-Mobile und O₂ Germany.

101. Anders als die deutsche Regulierungsbehörde geht die Europäische Kommission von einem einheitlichen Markt für den Zugang und Verbindungsaufbau in öffentlichen Mobilfunknetzen aus. Die Bundesnetzagentur rechtfertigt die Abgrenzung getrennter Märkte mit den Unterschieden bei den Geschäftsstrategien von MVNOs und Service Providern, bei der Nutzung eigener Infrastrukturen sowie bei den rechtlichen Rahmenbedingungen im Hinblick auf die Verpflichtungen in den Lizenzen der Netzbetreiber. Die Monopolkommission teilt die Auffassung der Bundesnetzagentur, dass die genannten drei Dienste aus der Sicht der nachfragenden Telekommunikationsunternehmen nicht substituierbar sind und dass dies für den nationalen deutschen Markt die Abgrenzung unterschiedlicher sachlich relevanter Märkte rechtfertigt.

102. Die Marktanalyse der Bundesnetzagentur führt zu dem Ergebnis, dass auf keinem der drei sachlich relevanten Märkte beträchtliche Marktmacht besteht. Auf dem Markt für mobile Zugangs- und Verbindungsleistungen für MVNOs hat E-Plus als bisher einziger Anbieter zwar einen Marktanteil von 100 %. Die übrigen Netzbetreiber können diese Leistungen aber grundsätzlich ebenfalls anbieten, so dass potentieller Wettbewerb besteht. Allein aus dem Umstand, dass die drei anderen Mobilfunknetzbetreiber bisher keine Zugangs- und Verbindungsleistungen für MVNOs anbieten, könne – so die Bundesnetzagentur – nicht geschlossen werden, dass sie dies auch in naher Zukunft nicht tun. Dagegen spreche das Beispiel des französischen Marktes. Nach dem Eintritt des ersten MVNOs sei es bis zur Marktanalyse des dortigen Regulierers zum Abschluss von mehreren MVNO-Vereinbarungen gekommen.

Nicht von der Bundesnetzagentur geprüft wurde, ob das fehlende Angebot von Leistungen für MVNOs der übrigen drei Netzbetreiber Ausfluss einer gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung auf dem Markt für mobile Zugangs- und Verbindungsleistungen für MVNOs ist. Eine solche Prüfung sei nur dann angebracht, wenn auf dem Markt überhaupt kein Angebot existieren würde.

103. Auf dem Markt für mobile Zugangs- und Verbindungsleistungen für Diensteanbieter verfügt keiner der Anbieter über beträchtliche Marktmacht. Die Prüfungen, ob die beiden führenden Anbieter T-Mobile und Vodafone gemeinsam über beträchtliche Marktmacht verfügen oder ob alle vier Mobilfunknetzbetreiber auf dem Vorleistungsmarkt für Diensteanbieter gemeinsam marktbeherrschend sind, fallen ebenfalls negativ aus. Die Regulierungsbehörde stellt fest, dass der relevante Markt zwar strukturelle Merkmale besitzt, die Anreize für unabgestimmtes Parallelverhalten der Anbieter bieten. Dies sind eine hohe Marktkonzentration, die weitgehende Marktsättigung, homogene Produkte, ausgereifte Technologien und wenig Spielraum für Innovationen sowie hohe Markt-

zutrittsbarrieren, die sich aus der Nutzung knapper Funkfrequenzen ergeben. Gegen ein Parallelverhalten der Anbieter spreche aber die Entwicklung der Marktanteile der drei Anbieter T-Mobile, Vodafone und E-Plus in den Jahren 2001 bis 2004, die nicht parallel verlaufen sei, sowie der Markteintritt von O₂ Germany im Jahre 2005. Hinzu komme, dass der relevante Markt für ein unabgestimmtes Parallelverhalten der Anbieter nicht ausreichend transparent sei und dass auch die vergleichsweise hohe Wettbewerbsintensität auf dem zugehörigen Mobilfunkendkundenmarkt gegen ein Parallelverhalten spreche.

104. In ihrer Stellungnahme zur Marktdefinition und Marktanalyse fordert die Europäische Kommission die Bundesnetzagentur unter anderem auf zu prüfen, ob die Verpflichtung der drei Mobilfunknetzbetreiber T-Mobile, Vodafone und E-Plus im Rahmen der GSM-Lizenzen, Service Providern einen nichtdiskriminierenden Zugang zu gewähren, den Wettbewerb behindert.⁵⁶ Diese sei insbesondere vor dem Hintergrund fraglich, dass es den Netzbetreibern nicht gestattet sei, bestimmten Service Providern innovative Zusatzangebote zu machen. Außerdem solle die Bundesnetzagentur prüfen, ob Unternehmen dadurch diskriminiert werden, dass einer der vier Netzbetreiber keinen vergleichbaren Auflagen unterliegt. Die Monopolkommission sieht diese Punkte weniger kritisch als die Europäische Kommission. Zur Frage der Diskriminierung bei innovativen Zusatzangeboten haben die Bundesnetzagentur und das Verwaltungsgericht Köln ausdrücklich entschieden, dass die Nichtdiskriminierungsverpflichtung in den GSM-Lizenzen keine uneingeschränkte Gleichbehandlung der Service Provider erfordert.⁵⁷ In sachlich gerechtfertigten Fällen, zu denen ein begrenzter Zeitvorsprung zur Erwirtschaftung von Entwicklungskosten durch Innovationsgewinne gehört, sind Unterscheidungen zulässig. Nicht gänzlich unproblematisch ist allerdings der Umstand, dass O₂ Germany als einzigem GSM-Netzbetreiber keine Diensteanbieterverpflichtung auferlegt wurde. Die Spielräume für O₂ auf dem Markt für mobile Zugangs- und Verbindungsleistungen für Diensteanbieter sind damit größer als die der Konkurrenten. Zumindest für den nur wenig größeren Wettbewerber E-Plus dürfte dies ein Wettbewerbsnachteil sein. Relativiert wird dieser allerdings dadurch, dass E-Plus durch die um einige Jahre frühere Lizenzierung einen gewissen Marktentwicklungsvorsprung vor O₂ Germany besitzt.

105. Regulierungsökonomisch problematisch ist, dass die in den Lizenzen verankerten Diensteanbieterverpflichtungen auf einem Markt ohne beträchtliche Marktmacht aufrechterhalten werden können. Gegebenenfalls sind sie darüber hinaus geeignet, den Wettbewerb insbesondere um Großkunden einzuschränken. Gleichwohl scheint die Praxis rechtlich unstrittig zu sein. Die Rechtsgrundlage im Gemeinschaftsrecht für die Beibehaltung der Verpflichtungen ist Bedingung 7 in Teil B des Anhangs der Genehmigungsrichtlinie.⁵⁸ Danach gehören zu den Bedingungen, die an Frequenznutzungsrechte geknüpft werden können, Verpflichtungen, die das Unternehmen, das die Nutzungsrechte erwirbt, im Laufe eines auf Wettbewerb oder auf Vergleich beruhenden Auswahlverfahrens eingegangen ist. Im nationalen Recht wird die Fortgeltung der Diensteanbieterverpflichtung explizit in der Übergangsvorschrift des § 150 Abs. 4 Satz 2 TKG geregelt.

⁵⁶ Vgl. SG-Greffe (2007) D/203037, Schreiben vom 21. Mai 2007, S. 6.

⁵⁷ In Frage stand, ob die exklusive Einführung von „Simyo“, einem sog. „No Frills“-Endkundenangebot durch eine eigene Vertriebsgesellschaft von E-plus, ohne das zeitgleiche Angebot eines entsprechenden Vorproduktes an die Diensteanbieter mit der Nichtdiskriminierungsverpflichtung in der GSM-Lizenz vereinbar ist. Vgl. BNetzA, Beschluss vom 12. Juli 2005, BK-3a 05/035, besprochen in: Multimedia und Recht, Jg. 8, 2005, S. 801 ff.; VG Köln, Urteil vom 2. November 2006, 1 K 4871/05, Anmerkungen zum Urteil von Alexandra Brandenburg in: Netzwirtschaften & Recht, Jg. 4, 2007, S. 40 f.

⁵⁸ Richtlinie 2002/20/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste (Genehmigungsrichtlinie), ABl. EG Nr. L 108 vom 24. April 2002, S. 21.

4.1.3.5 Anrufzustellung in einzelnen Mobilfunknetzen

106. Anrufe in ein Mobilfunknetz mit Ursprung in einem Fest- oder einem anderen Mobilfunknetz werden von dem Betreiber des Mobilfunknetzes terminiert bzw. dem angerufenen Anschluss zugestellt. Anbieter solcher Terminierungsleistungen sind die vier in Deutschland lizenzierten Mobilfunknetzbetreiber, die in ihrem jeweiligen Netz Alleinanbieter und gemäß den Feststellungen der Bundesnetzagentur regulierungsbedürftig sind und über beträchtliche Marktmacht verfügen.⁵⁹ Mit Regulierungsverfügungen vom 30. August 2006 werden den Netzbetreibern die Verpflichtungen zur Zusammenschaltung und zur Kollokation, zur Gleichbehandlung sowie zur Ex-ante-Entgeltregulierung und zur Vorlage eines Standardangebotes für Zugangsleistungen auferlegt.

107. Streitig war von Beginn an, ob die Terminierungsentgelte der präventiven oder der nachträgliche Entgeltregulierung unterliegen. Die Bundesnetzagentur präferierte zunächst die nachträgliche Entgeltregulierung unter der Voraussetzung, dass sich die vier Mobilfunknetzbetreiber in einer gemeinsamen Vereinbarung auf einen Absenkungspfad für die Entgelte einigen.⁶⁰ Eine solche Vereinbarung scheiterte an dem Widerstand von E-Plus. Das Unternehmen war nicht bereit, sich im Rahmen einer vertraglichen Vereinbarung auf reziproke Terminierungsentgelte zu einigen.

108. Die Monopolkommission lehnt den zunächst vorgesehenen Verzicht der Bundesnetzagentur auf eine behördliche Regulierung der Terminierungsentgelte unter der Voraussetzung einer „Selbstregulierung“ der Mobilfunknetzbetreiber ab. Freiwillige Vereinbarungen der Netzbetreiber über die Höhe ihrer Terminierungsentgelte schaffen Raum für Kartellierungseffekte.⁶¹ Sie sind nicht nur regulierungsökonomisch problematisch, sondern verstoßen unter Umständen gegen § 1 GWB und Art. 81 EGV.⁶²

109. Die Vereinbarung eines Absenkungspfades für Terminierungsentgelte entspricht zwar nicht dem klassischen Kartell, da sie sich nicht auf einen einheitlichen, sondern auf unterschiedliche sachlich relevante Märkte bezieht. Gleichwohl werden mittelbar die Preise auf den nachgelagerten Endkundenmärkten beeinflusst, wenn eine Vereinbarung über die Höhe der Terminierungsentgelte benutzt wird, um den jeweils anderen Mobilfunknetzbetreibern überhöhte Preise abzuverlangen, die diese wiederum auf ihre Endkunden überwälzen. Dies gilt auch für Absprachen über Preissenkungen im Zeitverlauf. In der Regel wird damit ein Preisniveau zementiert, welches den am wenigsten effizienten Teilnehmer der Vereinbarung weiterhin gut leben lässt. Die Endkunden der Mobilfunknetzbetreiber und der Festnetzbetreiber wären von einer solchen Vereinbarung bei den Terminierungsentgelten in unterschiedlicher Weise betroffen. Die Endkunden der Mobilfunknetzbetreiber zahlen für Gespräche in andere Mobilfunknetze zwar auch überhöhte Entgelte, profitieren an anderer Stelle aber davon, dass der eigene Mobilfunknetzbetreiber seine Monopolrenditen bei der Terminierung zu einer Quersubventionierung der Mobilfunkendgeräte einsetzen kann. Aufgrund dieses sog. „Wasserbetteffekts“ können auch durch geringe Terminierungsentgelte Kartelleffekte entstehen, wenn dies die Akquisition neuer Kunden unattraktiv macht. Die Endkunden der Festnetzbetreiber, die Teilnehmer in Mobilfunknetzen anrufen, zahlen die überhöhten Entgelte jedoch, ohne

⁵⁹ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 43, a.a.O., Tz. 112 ff.

⁶⁰ Vgl. BNetzA, Konsultationsentwurf der Regulierungsverfügung für Markt 16, Beschluss vom 5. April 2006, BK 4c-06-001/R, S. 12.

⁶¹ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 39, a.a.O., Tz. 212; Säcker, F. J., Wolf, M., Rechtsprobleme der Mobilfunkregulierung im Hinblick auf § 30 Abs. 1 S. 1 TKG, in: Kommunikation & Recht, Jg. 10, 2007, S. 20 ff.

⁶² Vgl. Säcker, F. J., Wolf, M., a.a.O. S. 23.

dass diese an einer anderen Stelle kompensiert werden. Dies kann zu Fehlallokationen und zu Wettbewerbsverzerrungen in einem erheblichen Ausmaß führen. Das Ausmaß der Verzerrungen hängt unter anderem von der Elastizität der Nachfrage nach Fest-Mobil-Gesprächen und der Substitution zwischen Fest- und Mobilfunkverbindungen ab.

110. Absprachen bei den Terminierungsentgelten gehen darüber hinaus tendenziell zu Lasten der kleineren Mobilfunknetzbetreiber, wenn die Kosten der Terminierung bei den Mobilfunknetzbetreibern unterschiedlich hoch sind und die im Rahmen der Absprachen vereinbarten Terminierungsentgelte dies nicht oder lediglich unzureichend berücksichtigen. Es steht zu vermuten, dass hier der eigentliche Grund dafür liegt, dass die von der Bundesnetzagentur angeregte Vereinbarung am Widerstand von E-Plus gescheitert ist. Dass es relevante Kostenunterschiede gibt, zeigen die Daten zu den langfristigen inkrementellen Kosten der Terminierung in den englischen Mobilfunknetzen in der Zeit von 1993 bis 2002. Netzbetreiber, die ausschließlich 1800 MHz-Frequenzen nutzen, hatten Kostennachteile in der Größenordnung von ca. 0,02 EUR gegenüber Netzbetreibern, die 900 MHz-Frequenzen und 1800 MHz-Frequenzen nutzen.⁶³ Für den deutschen Markt zeigt eine unveröffentlichte Studie des Wissenschaftlichen Instituts für Kommunikationsdienste ebenfalls deutliche Kostenunterschiede zwischen den beiden D-Netzbetreibern T-Mobile und Vodafone sowie E-Plus auf.⁶⁴ Eine Ursache dafür ist, dass für die Sicherstellung einer bestimmten Netzqualität bei der Inanspruchnahme von 1800 MHz-Frequenzen wesentlich mehr Basisstationen notwendig sind als bei der Nutzung von 900 MHz-Frequenzen.⁶⁵

111. Nach dem Scheitern der Vereinbarung über eine freiwillige Absenkung der Terminierungsentgelte hatte die Bundesnetzagentur im August 2006 die Genehmigungspflicht verfügt. Begründet wurde diese damit, dass die gemäß § 30 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und 2 TKG gebotene nachträgliche Regulierung der Terminierungsentgelte nicht ausreiche, die Regulierungsziele des Telekommunikationsgesetzes – Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und Wahrung der Verbraucherinteressen – zu erreichen.⁶⁶ Zur Zielerreichung sei es notwendig, dass die Terminierungsentgelte nicht überhöht sind, was nur dann sichergestellt sei, wenn diese den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung entsprechen. Das Verwaltungsgericht Köln hat diese Begründung nicht akzeptiert und die Regulierungsverfügung der Bundesnetzagentur in dem Punkt für rechtswidrig erklärt, in dem die Mobilfunknetzbetreiber zur Ex-ante-Entgeltregulierung verpflichtet werden.⁶⁷ Nach Auffassung des Gerichts muss die Regulierung dem in § 30 Abs. 1 TKG verankerten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Rechnung tragen. § 30 Abs. 1 Satz 2 TKG formuliert Tatbestände, die eine Ausnahme von der Genehmigungspflicht nach sich ziehen. Der Sinn dieser Regel bestehe darin sicherzustellen, dass die Ex-ante-Regulierung der Entgelte für Zugangsleistungen auf das erforderliche Maß beschränkt wird. Das eingriffsstärkere Instrument der präventiven Entgeltregulierung könne somit erst angewendet werden, wenn nachgewiesen ist, dass die Ex-post-Regulierung nicht ausreicht, die Regulierungsziele des Telekommunikationsgesetzes zu erreichen. Das wiederum mache die Regu-

63 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 39, a.a.O., Tz. 213 und die dort zitierte Literatur.

64 Brinkmann, M. u.a., Kostenunterschiede der E-Netzbetreiber und der D-Netzbetreiber bei der Terminierung von Mobilfunkverbindungen, WIK-Studie im Auftrag von E-Plus, Bad Honnef 2006, unveröffentlicht.

65 Ursache dafür sind die unterschiedlichen Wellenausbreitungseigenschaften von 1800- und 900 MHz-Frequenzen.

66 Gemäß § 30 Abs. 1 Nr. 1 und 2 TKG unterliegen Entgelte für Zugangsleistungen der nachträglichen Regulierung, wenn der Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes nicht gleichzeitig auch auf dem zugehörigen Markt für Endkundenleistungen über beträchtliche Marktmacht verfügt oder vor Inkrafttreten des Telekommunikationsgesetzes auf dem relevanten Markt nicht als marktbeherrschend eingestuft wurde. Beide Kriterien treffen auf die Betreiber von Mobilfunknetzen zu.

67 VG Köln, Urteil vom 8. März 2007, 1 K 4314/06.

lierungsverfügung der Bundesnetzagentur nicht ausreichend deutlich. Es reiche nicht aus, die Genehmigungspflicht damit zu begründen, dass nur die mit der Ex-ante-Regulierung verbundene Orientierung der Entgelte an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung überhöhte Entgelte verhindert. Entgelte seien auch dann nicht überhöht, wenn sie den Maßstäben der Ex-post-Kontrolle gemäß § 28 TKG genügen. Dies bedeute, dass auch die nachträgliche Entgeltregulierung der Wahrung der Regulierungsziele des Telekommunikationsgesetzes und der speziellen Ziele der Entgeltregulierung diene. Wäre dem nicht so, hätte der Gesetzgeber die Ex-Post-Regulierung nicht als grundsätzlich geeignetes Mittel der Preiskontrolle eingeführt. Bei Endkundenleistungen stelle die nachträgliche Entgeltregulierung schließlich sogar den Regelfall dar.

Der Beschluss des Verwaltungsgerichts Köln ist nicht rechtskräftig, da die Bundesnetzagentur Revision beim Bundesverwaltungsgericht eingelegt hat. Eilanträge der Netzbetreiber, das Bundesverwaltungsgericht möge die aufschiebende Wirkung ihrer Klagen gegen die Auferlegung der Genehmigungspflicht anordnen, wurden im Juni 2007 abgelehnt.⁶⁸ Damit bleibt der Vollzug der Genehmigungspflicht in Gestalt der Beschlüsse der Bundesnetzagentur zur Höhe der Terminierungsentgelte vom 8. November 2006 in Kraft.⁶⁹

112. Die Regulierung der Terminierungsentgelte im Mobilfunk zeigt, dass die Anwendung des § 30 Abs. 1 Satz 2 TKG rechtliche und praktische Probleme bereitet. Zunächst wird deutlich, dass der Versuch des Gesetzgebers, das europarechtlich umstrittene Ausschlusskriterium der doppelten Marktbeherrschung für die präventive Entgeltregulierung bei Zugangsleistungen durch das Abwägungskriterium des § 30 Abs. 1 Nr. 3 TKG zu relativieren, möglicherweise fehlgeschlagen ist. Das Verwaltungsgericht Köln stellt an die Begründung, dass das Instrument der nachträglichen Entgeltregulierung nicht zur Erreichung der Regulierungsziele des Telekommunikationsgesetzes ausreicht, hohe Anforderungen. Wird das Urteil des Verwaltungsgerichts Köln durch das Bundesverwaltungsgericht bestätigt, dürfte es zukünftig schwer fallen, für das Vorliegen des § 30 Abs. 1 Nr. 3 TKG überhaupt eine Begründung zu finden. Damit wird gegebenenfalls auch die Frage der Gemeinschaftsrechtskonformität des § 30 Abs. 1 Nr. 1 TKG anders zu beurteilen sein. Die bisherige Argumentation der Bundesregierung als Adressat des Vertragsverletzungsverfahrens der Europäischen Kommission zu § 30 Abs. 1 Nr. 1 TKG, dass die Auferlegung einer Genehmigungspflicht bei Zugangsleistungen trotz der Ausschlusskriterien gemäß § 30 Abs. 1 Nr. 1 und 2 TKG im Rahmen einer Abwägungsentscheidung möglich sei, könnte mit dem Urteil des Verwaltungsgerichts Köln jedenfalls obsolet werden.

113. Unklar ist darüber hinaus, ob für die Beurteilung des Kriteriums der doppelten Marktbeherrschung gemäß § 30 Abs. 1 Nr. 1 TKG zusätzlich zu der Analyse des Vorleistungsmarktes die Durchführung einer Untersuchung des Endkundenmarktes erforderlich ist. Die Bundesnetzagentur nimmt in ihren Regulierungsverfügungen gegenüber den Mobilfunknetzbetreibern lediglich an, dass keiner der Betreiber über Marktmacht auf dem Endkundenmarkt für Mobiltelefonie verfügt. Sie führt auf dem Endkundenmarkt für Mobiltelefonie weder ein Verfahren gemäß §§ 10 und 11 TKG durch noch eine Marktuntersuchung zur Feststellung der Marktbeherrschung. Die Monopolkommission bezweifelt, dass ein solches Vorgehen einer gerichtlichen Überprüfung Stand hielte. Für den Fall, dass die Existenz von Marktmacht auf dem Endkundenmarkt darüber entscheidet, ob die Entgelte auf dem Vorleistungsmarkt der präventiven oder der nachträglichen Entgeltregulierung unter-

⁶⁸ BVerwG, Beschlüsse vom 13. Juni 2007, BVerfG 6 VR 2.07 und BVerwG 6 VR 5.07.

⁶⁹ Vgl. dazu auch Abschnitt 4.2.2.

liegen, sollte die Regulierungsbehörde ihre Feststellungen zur Marktbeherrschung auf eine aktuelle Marktuntersuchung stützen und das Ergebnis mit dem Bundeskartellamt abstimmen. Die Einleitung eines Verfahrens gemäß §§ 10 und 11 TKG ist verzichtbar, soweit der relevante Endkundenmarkt nicht Gegenstand der Märkteempfehlung der Europäischen Kommission ist.

114. Ökonomisch sieht die Monopolkommission gleichwohl Vorteile bei einer Ex-post-Kontrolle der Mobilfunkterminierungsentgelte. Zu befürchten ist, dass eine starke Absenkung der Entgelte zwar Wettbewerbsverzerrungen zu Lasten des Festnetzes reduziert, zugleich aber eine Wettbewerbsschwächung auf den Endkundenmärkten für Mobiltelefonie induzieren kann. Im Extremfall kann einer Konzentration der Mobilfunkbranche Vorschub geleistet werden, wenn ein Teil der bisherigen Erlöse entfällt, wie das in anderen europäischen Ländern zu beobachten ist. Um eine Überforderung der Netzbetreiber zu vermeiden, hat die Monopolkommission bereits in den vergangenen Gutachten vorgeschlagen, die Anpassung der Entgelte an das Niveau der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung über einen Anpassungspfad zeitlich zu strecken.⁷⁰

4.1.3.6 Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung – Wiederholungsuntersuchung

115. Der europäische Rechtsrahmen und das Telekommunikationsgesetz sehen vor, dass die Marktanalysen regelmäßig wiederholt werden. Gemäß § 14 Abs. 2 TKG geschieht dies im Zweijahresrhythmus. Wie bereits in der ersten Runde beginnt die Bundesnetzagentur wiederum mit dem Vorleistungsmarkt „Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung“. Anders als bei der Marktanalyse im Jahr 2004/2005 werden bei der Wiederholungsuntersuchung Marktanalyse und Regulierungsverfügung zwar weiterhin getrennt, aber zeitlich gemeinsam vorgelegt. Die Monopolkommission begrüßt dies. Sie hatte sich in ihrem letzten Sondergutachten für die Aufgabe der Trennung von Marktanalyse und Verfügung der Abhilfemaßnahmen ausgesprochen.⁷¹ Dies aber vor allem, um das Gesamtverfahren zu beschleunigen. Mit der parallelen Durchführung der Konsultations- und Konsolidierungsverfahren sowie der zeitlich gemeinsamen Vorlage der Feststellungen im Rahmen der Marktanalyse und der Regulierungsverfügung wird dem Rechnung getragen.

116. Im Rahmen der Analyse des Marktes für den „entbündelten Großkundenzugang (einschließlich des gemeinsamen Zugangs) zu Drahtleitungen und Teilleitungen für die Erbringung von Breitband- und Sprachdiensten“ kommt die Bundesnetzagentur im Wesentlichen zu denselben Ergebnissen wie bei ihrer Analyse aus dem Jahre 2004.⁷² Das derzeitige Teilnehmeranschlussnetz umfasst die Verbindungen zwischen dem Hauptverteiler (HVt) und der Teilnehmeranschlusseinheit (TAE), die sich in den Räumen des Endkunden befindet. Der Zugang zu diesem Netz erfolgt in der Regel am HVt, kann allerdings auch entsprechend dem Entbündelungsgebot an einem zwischen HVt und TAE gelegenen Kabelverzweiger (KVz) oder Endverzweiger (EVz) erfolgen. Charakteristisch für den Markt ist einerseits, dass „entbündelter“ Zugang, d.h. Zugang ohne die Nutzung vorgeschalteter Übertragungs- und Vermittlungstechnik, nachgefragt wird, zum anderen, dass der Zugang in der Regel über „Drahtleitungen“, sprich die Kupferdoppelader, erfolgt. Letzteres wird von der Europäischen Kommission allerdings relativiert. In dem Entwurf für die überarbeitete Märkteempfehlung wird die Definition des Marktes um den Klammerzusatz „or equivalent“ ergänzt.⁷³

⁷⁰ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 43, a.a.O., Tz. 152; dies., Sondergutachten 39, a.a.O., Tz. 222.

⁷¹ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 43, a.a.O., Tz. 167.

⁷² Vgl. ebenda, Tz. 92 ff.

⁷³ Die Marktdefinition lautet: „Wholesale unbundled access (including shared access) to metallic loop and subloops (or equivalent) for the purpose of providing broadband and voice services, Public Consultation on a Draft Commis-

117. Der relevante Markt umfasst

- den entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung in Form der Kupferdoppelader am HVt oder einem näher an der TAE gelegenen Punkt,
- Line Sharing⁷⁴,
- den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung auf Basis von OPAL/ISIS (hybride Teilnehmeranschlussleitung⁷⁵) am HVt oder einem näher an der TAE gelegenen Punkt,
- den gebündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung auf Basis der Kupferdoppelader oder OPAL/ISIS nur dann, wenn ein entbündelter Zugang ausnahmsweise nicht möglich ist oder sachlich nicht gerechtfertigt ist,

Nicht zum relevanten Markt gehört gemäß der Märkteempfehlung der Europäischen Kommission der Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung in Form reiner Glasfaser.⁷⁶ Die Bundesnetzagentur schließt sich dem, wie bereits in der vorhergehenden Marktanalyse, an. Ausschlaggebend ist, dass der Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung in Form reiner Glasfaser weder aus Anbieter- noch aus Nachfragersicht mit dem Zugang zur Kupfer-Teilnehmeranschlussleitung oder der hybriden Teilnehmeranschlussleitung austauschbar ist. Weiterhin ausgeschlossen bleiben Zugänge über die alternativen Anschlusstechnologien Wireless Local Loop (drahtlose Überbrückung der letzten Meile), Broadband Wireless Access (breitbandiger drahtloser Zugang), Powerline (Übertragung über Stromnetze) sowie aufgerüstete Kabelnetze. Sie spielen in der Praxis nach Auffassung der Bundesnetzagentur bisher und absehbar keine nennenswerte Rolle. Zudem gibt es derzeit bei den alternativen Zugangstechnologien keine technische Möglichkeit, anderen Betreibern entbündelten Zugang zu gewähren.

118. Im Rahmen der Marktanalyse erstmals diskutiert werden regulatorische Folgerungen aus dem Ausbau der Anschlussnetze zur Realisierung von Teilnehmeranschlüssen mit besonders hohen Bandbreiten, den sog. VDSL-Anschlüssen. Charakteristisch für diesen Ausbau ist, dass das bisherige Kupferkabel auf der Strecke zwischen dem HVt und dem KVz durch Glasfaser ersetzt wird. Gleichzeitig wandert der Digital Subscriber Line Access Multiplexer (DSLAM), an dem die über die Kupferdoppelader einlaufenden Datensignale konzentriert und über Glasfaser weitergeführt werden, vom HVt zum KVz. Fraglich ist, welche Folgen dies für die Definition der Teilnehmeranschlussleitung im Sinne von Markt 11 der Märkteempfehlung hat und welche Zugangsansprüche bestehen. Nach Auffassung der Bundesnetzagentur beginnt die Teilnehmeranschlussleitung nach dem Ausbau der Netze dort, wo die Kupferleitung beginnt, nämlich in der Regel am KVz. Hier ist ein entbündelter Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung möglich. Nicht einbezogen in den relevanten Markt wird dagegen der Zugang am HVt, wenn HVt und KVz ausschließlich mit Glasfaser und nicht parallel mit Kupfer verbunden sind. Damit entfallen Zugangsansprüche am HVt. Alternative Netzbetreiber könnten diesen Zugang begehren, da sie ganz überwiegend ihre Netze zwar bis auf

sion Recommendation on relevant Product and Service Markets within the electronic communications sector susceptible to ex ante regulation in accordance with Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework für electronic communication networks and services, Commission Staff Working Document, SEC(2006) 837 vom 28. Juni 2006, Annex.

74 Beim Line Sharing wird lediglich ein Teil der nach Frequenzbereichen aufgeteilten TAL nachgefragt. Die höheren Frequenzbereiche dienen der Übertragung von Daten, die niedrigeren der von Sprache. Typischerweise wird beim Line Sharing lediglich der Zugang zu den höheren Frequenzbereichen nachgefragt, um den Kunden schnelle Internetzugänge anzubieten.

75 Die Verbindung zwischen HVt und KVz bzw. EVz besteht aus Glasfaser; die zwischen KVz/EVz und TAE aus Kupfer (fibre to the building).

76 Die Verbindung zwischen HVt und TAE besteht ausschließlich aus Glasfaser (fibre to the home).

die Ebene der etwa 8.000 HVt, nicht jedoch bis auf die Ebene der ca. 300.000 KVz ausgebaut haben. Das zentrale Argument der Bundesnetzagentur für die Nichtberücksichtigung ist, dass nach einem Netzausbau ein entbündelter Zugang am HVt faktisch nicht mehr möglich ist. Besteht die Strecke zwischen KVz und HVt aus Glasfaser, beinhaltet die Bereitstellung von Zugang am HVt zwangsläufig die Nutzung von Übertragungstechnik des Incumbent. Damit wiederum ändern sich die funktionalen Merkmale des Vorleistungsproduktes. Es handelt sich nicht mehr um einen „entbündelten“, sondern um einen „gebündelten“ Zugang. Der gebündelte Breitbandzugang wiederum ist nicht Gegenstand von Markt 11 der Märkteempfehlung, sondern von Markt 12 „Breitbandzugang für Großkunden“.

119. Der Markt für den entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung ist nach den Feststellungen der Bundesnetzagentur weiterhin durch beträchtliche Marktmacht der DTAG gekennzeichnet. Die bisherigen Regulierungsmaßnahmen – Verpflichtung zur Gewährung von Zugang und Kollokation, die Vorlage eines Standardangebotes sowie eine Ex-ante-Entgeltregulierung – werden aufrechterhalten. Nicht auferlegt werden – wie bisher auch – die Verpflichtungen zur Transparenz und zur getrennten Rechnungsführung. Die Monopolkommission hatte in ihrem letzten Sondergutachten insbesondere den Verzicht auf das Instrument der getrennten Rechnungsführung kritisiert, da diese die präventive Entgeltregulierung ergänzt und erleichtert.⁷⁷

120. Mit Blick auf den VDSL-Netzausbau hat die Regulierungsbehörde die DTAG zudem verpflichtet,

- Wettbewerbern zum Zwecke des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung am KVz den Zugang zu Kabelkanälen zwischen HVt und KVz zu gewähren, soweit die Leerkapazitäten vorhanden sind,
- Wettbewerbern den Zugang zu unbeschalteter Glasfaser für den Fall zu gewähren, dass aus technischen oder Kapazitätsgründen die Gewährung des Zugangs zu den Kabelkanälen nicht möglich ist.

Die Entgelte für die Gewährung des Zugangs zu Kabelkanälen und unbeschalteter Glasfaser unterliegen der präventiven Entgeltregulierung. Vereinbarungen über Zugänge müssen auf objektiven Maßstäben beruhen, nachvollziehbar sein, einen gleichwertigen Zugang gewähren und dem Gebot der Chancengleichheit und Billigkeit genügen.

121. Die Europäische Kommission macht in ihrer Stellungnahme keine Einwendungen gegen die Feststellung, dass der Zugang zum VDSL-Netz der DTAG auf der Ebene der HVt nicht Bestandteil von Markt 11 der Märkteempfehlung ist. Aus Sicht der Kommission fehlen zwar noch Informationen über die Produktmerkmale des gebündelten Zugangs am HVt, verglichen mit dem Zugang zur schmalbandigen hybriden Teilnehmeranschlussleitung, die ebenfalls aus Glasfaser und Kupferdoppelader besteht, die aber als Bestandteil von Markt 11 definiert wird. Gleichwohl sei es wahrscheinlich, dass der Zugang zum VDSL-Netz am HVt Bestandteil des Marktes für den Breitbandzugang (Markt 12 der Märkteempfehlung) ist. Vor diesem Hintergrund wird die Bundesnetzagentur aufgefordert, sobald wie möglich zu prüfen, ob die derzeitige Abgrenzung des Marktes „Breitbandzugang für Großkunden“ den Zugang zum VDSL-Zugangsnetz der DTAG umfasst. Sollte dies der Fall sein, sollte Markt 12 so rasch wie möglich neu analysiert werden und gegebenenfalls eine Zugangsverpflichtung auferlegt werden.

⁷⁷ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 43, a.a.O., Tz. 100.

122. Die Monopolkommission kann die Frage, ob der gebündelte Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung am HVt Gegenstand von Markt 11 oder 12 ist, gegenwärtig nicht abschließend beurteilen. Daher begrüßt sie die Ankündigung der Bundesnetzagentur, so rasch wie möglich zu klären, welche Folgen der Ausbau des Teilnehmeranschlussnetzes und die Verlagerung der DSLAMs in die KVz für die Abgrenzung von Markt 11 hat und ob gegebenenfalls ein ergänzendes Zugangsprodukt am HVt im Rahmen von Markt 11 oder Markt 12 notwendig ist.⁷⁸ Sollte sich eine Notwendigkeit für zusätzliche Zugangsprodukte ergeben, darf die Regulierungsbehörde mit der Verfügung nicht bis zum Abschluss der folgenden Marktüberprüfungen in frühestens zwei Jahren warten. Stattdessen sollte sie weitere Verpflichtungen dann im Rahmen von § 12 Abs. 2 Nr. 4 TKG als vorläufige Maßnahmen erlassen.

123. Die Monopolkommission begrüßt, dass der DTAG im Hinblick auf den VDSL-Netzausbau Zugangsverpflichtungen für Kabelkanäle und unbeschaltete Glasfaser auferlegt werden. Der Zugang zu unbeschalteter Glasfaser ist allerdings nur dann vorgeschrieben, wenn der Zugang zu Kabelkanälen technisch oder aus Kapazitätsgründen nicht möglich ist. Der Zugang zu unbeschalteter Glasfaser ist allerdings auch dann von Bedeutung, wenn der Netzausbau für alternative Anbieter unter Nutzung der Kabelkanäle der DTAG aus wirtschaftlichen Gründen nicht in Betracht kommt. Das ist dann der Fall, wenn das Kundenpotential für die Wettbewerber an einem KVz nicht ausreicht, um die Kosten der Investition in den Ausbau der alternativen Netze zu decken. Auch in diesen Fällen sollten die Wettbewerber die Möglichkeit haben, den Zugang zu unbeschalteter Glasfaser in Anspruch zu nehmen.

124. Die Verpflichtung, Nachfragern zum Zwecke des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung in Form der Kupferdoppelader am KVz Kollokation und den jederzeitigen Zutritt zu den Einrichtungen zu gewähren, spezifiziert nicht, wo genau bei dem KVz die Zusammenschaltung erfolgen soll. Eine Zusammenschaltung „am“ statt „im“ KVz erfordert die Aufstellung weiterer KVz-Gehäuse auf öffentlichen Wegen. Es besteht das Risiko, dass die dafür notwendigen Genehmigungen kommunaler Stellen nicht erteilt werden. Darüber hinaus ist es fraglich, ob die Duplizierung von KVz-Gehäusen überhaupt wünschenswert ist. Die Monopolkommission spricht sich dafür aus, die Kollokationsverpflichtung am KVz so auszugestalten, dass die Zusammenschaltung mit dem Netz der DTAG grundsätzlich „im“ KVz zu erfolgen hat. Die entsprechenden Gehäuse der DTAG, die auf bestehenden KVz-Standorten neu errichtet werden, sollten so dimensioniert sein, dass die Zusammenschaltung mit einer gewissen Anzahl von Wettbewerbern möglich ist. Nur in den Fällen, in denen die Zusammenschaltung im KVz-Gehäuse der DTAG aus Platzgründen scheitert, muss die Kollokation am KVz dadurch ermöglicht werden, dass Wettbewerber ihre technische Ausrüstung in einem weiteren Gehäuse unterbringen können. Wo dessen Aufstellung am Widerstand der Kommune scheitert, ist den Wettbewerbern am HVt der Zugang zu unbeschalteter Glasfaser zu gewähren.

4.2 Entgeltregulierung

4.2.1 Konsistenzgebot und Entgelte für DSL-Resale

125. § 27 Abs. 2 TKG verpflichtet die Bundesnetzagentur zu einer konsistenten Entgeltregulierung. Sie hat darauf zu achten, dass die Entgeltregulierungsmaßnahmen in ihrer Gesamtheit zeitlich und inhaltlich aufeinander abgestimmt sind. Inhaltliche Konsistenz zielt auf die Vermeidung regulie-

⁷⁸ Vgl. BNetzA, Mitteilung Nr. 214/2007, ABl. Nr. 7 vom 4. April 2007, S. 1054.

rungsbedingter Wettbewerbsverzerrungen.⁷⁹ In vertikaler Hinsicht geht es dabei vor allem um die Preis-Kosten-Schere, die sich ergibt, wenn die Spanne zwischen dem Vorleistungs- und Endkundenentgelt des Anbieters mit beträchtlicher Marktmacht nicht ausreicht, damit ein effizienter Wettbewerber auf dem nachgelagerten Endkundenmarkt eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals erzielen kann. In horizontaler Hinsicht geht es um das Nebeneinander verschiedener – etwa infrastrukturbasierter und dienstorientierter – Geschäftsmodelle. Die Monopolkommission hat in ihrem Sondergutachten vor zwei Jahren bemängelt, dass nicht hinreichend deutlich wird, wie die Bundesnetzagentur dem Konsistenzgebot des Telekommunikationsgesetzes Rechnung trägt. Dies gilt im Grundsatz weiterhin. Zwar hat die Regulierungsbehörde im Dezember 2006 Hinweise zur Prüfung von Preis-Kosten-Scheren gemäß § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG veröffentlicht.⁸⁰ Der Umgang mit regulierungsbedingten horizontalen Wettbewerbsverzerrungen sowie die Frage der Gewährleistung einer zeitlich konsistenten Regulierung ist bisher nicht behandelt worden. Vor diesem Hintergrund wiederholt die Monopolkommission ihre Auffassung, dass die Behörde zur Verringerung von Rechtsunsicherheiten bei den Marktteilnehmern Auslegungsgrundsätze zur Umsetzung des Konsistenzgebotes entwickeln und veröffentlichen sollte.⁸¹

126. Das vorliegende Papier der Bundesnetzagentur zu den Preis-Kosten-Scheren zielt vor allem darauf ab, Leitlinien für die Anwendung von Preis-Kosten-Scheren-Tests darzulegen. Mit diesem Test soll die Missbräuchlichkeit des Verhaltens eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht bei der Forderung von Entgelten für Vorleistungen gemäß § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG beurteilt werden. Die Hinweise der Bundesnetzagentur enthalten einige wichtige Anhaltspunkte für diese Prüfung. Nicht explizit behandelt wird die Frage der vertikalen Konsistenz von Entgeltregulierungsmaßnahmen. Diese ist eng verknüpft mit der Frage nach der Form und der Methode der Entgeltregulierung. Betroffen davon ist 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. Die Monopolkommission hat dazu in ihrem letzten Sondergutachten ausführlich Stellung genommen.⁸²

4.2.2 Entgelte für die Anruferzustellung in einzelnen Mobilfunknetzen

127. In vier Verfahren der präventiven Entgeltregulierung hat die Bundesnetzagentur im November 2006 über die Höhe der Entgelte für die Anruferzustellung in einzelnen Mobilfunknetzen entschieden.⁸³ Die Terminierungsentgelte der beiden D-Netzbetreiber T-Mobile und Vodafone wurden ab dem 23. November 2006 von 0,11 EUR/Minute auf 0,0878 EUR/Minute und die der E-Netzbetreiber E-Plus und O₂ Deutschland von 0,124 EUR/Minute auf 0,0994 EUR/Minute abgesenkt. Die Genehmigungen wurden bis zum 30. November 2007 befristet.

128. Die Monopolkommission begrüßt, dass die Bundesnetzagentur die Regulierungsverfügung im Hinblick auf die Regulierung der Entgelte für die Anruferzustellung im Mobilfunk vergleichsweise

⁷⁹ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 43, a.a.O., Tz. 174 ff.

⁸⁰ BNetzA, Hinweise zu Preis-Kosten-Scheren i.S.d. § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG, Vgl. [www.bundesnetzagentur.de/Sachgebiete/Regulierung Telekommunikation/Konsistenzgebot/Preis-Kosten-Scheren](http://www.bundesnetzagentur.de/Sachgebiete/Regulierung%20Telekommunikation/Konsistenzgebot/Preis-Kosten-Scheren).

⁸¹ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 43, a.a.O., Tz. 174.

⁸² Vgl. ebenda, Tz. 176.

⁸³ Die Grundlage für die präventive Entgeltregulierung sind die Regulierungsverfügungen zu Markt Nr. 16 der Marktempfehlung der Europäischen Kommission vom 30. August 2006. Vgl. Abschnitt 4.1.3.5. dieses Gutachtens.

rasch umgesetzt hat. Wie bereits in den Verfahren aus dem Jahre 2004 hat die Behörde ihre Entscheidungen auf eine Vergleichsmarktbetrachtung gestützt, die als Methode zur Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung lediglich eingeschränkt geeignet ist.⁸⁴ Vorzugswürdig ist die Ermittlung auf der Grundlage von Kostenunterlagen. Solche waren in den vorliegenden Fällen nicht verfügbar. Die Bundesnetzagentur hat dies nachvollziehbar begründet.

129. Die Bundesnetzagentur hat ihre Vergleichsmarktbetrachtung auf eine große Anzahl von Unternehmen und Ländern gestützt. Einbezogen wurden 22 Mobilfunknetzbetreiber aus zehn Ländern der Europäischen Union (Belgien, Finnland, Frankreich Griechenland, Großbritannien, Irland, Italien, Österreich, Schweden und Spanien), die bereits seit längerem über wettbewerbliche Strukturen auf Endkundenmärkten verfügen. Um die Vergleichbarkeit zu erhöhen, wurden nur Länder, in welchen die Entgelte für die Anrufzustellung auf der Grundlage von Kostenmodellen oder Kostennachweisen reguliert werden, und nur Mobilfunknetzbetreiber mit einer gemeinsamen GSM-/UMTS-Netzinfrastruktur berücksichtigt. Die Unternehmen wurden wegen der unterschiedlichen Kostensituation zudem in zwei Vergleichsgruppen aufgeteilt, eine, die 900 MHz/s-Frequenzen, und eine, die 1800 MHz/s-Frequenzen nutzt. Die Monopolkommission hat bereits in ihrem letzten Sondergutachten darauf hingewiesen, dass das größte Problem jeder Vergleichsmarktbetrachtung darin besteht, Märkte zu finden, die dem zu vergleichenden beherrschten Markt strukturell ähnlich und für den Wettbewerb geöffnet sind.⁸⁵ Im Vergleich zu dem Verfahren im Jahr 2004 hat die Bundesnetzagentur bei der Auswahl der Vergleichsmärkte weniger auf Marktstrukturen als auf die Kostensituation der Mobilfunknetzbetreiber abgestellt. Das ist in diesen Fällen sinnvoll, da die Strukturen auf den Terminierungsmärkten aufgrund des Alleinanbieterstatus der Netzbetreiber ohnehin vergleichbar sind. Nicht ganz unproblematisch ist allerdings, dass die Anzahl der berücksichtigten Unternehmen außerordentlich hoch ist. Im Rahmen einer Vergleichsmarktbetrachtung kommt es nicht darauf an, eine möglichst große Anzahl von Vergleichsmärkten zu bestimmen, sondern darauf, einen weitgehend vergleichbaren Markt – in diesem Fall möglichst vergleichbare Mobilfunknetzbetreiber – zu ermitteln.

130. Mängel bei der Vergleichbarkeit der Märkte versucht die Bundesnetzagentur auszugleichen, indem sie die Vergleichsentgelte im Wege der Durchschnittsbildung und der Berücksichtigung eines Sicherheitszuschlages ermittelt. Beides führt in der Tendenz dazu, den Maßstab der Entgeltregulierung „abzumildern“. Für eine Ex-ante-Entgeltregulierung nach dem strengen Effizienzkriterium ist das nicht angemessen. Vorzugswürdig vor einer Durchschnittsbetrachtung ist aus dieser Sicht eine „Bestenbetrachtung“, bei der die Entgelte des besten oder der drei besten Unternehmen als Vergleich herangezogen werden.⁸⁶ Die zusätzliche Berücksichtigung von Sicherheitszuschlägen, wie sie im Rahmen der Missbrauchsaufsicht nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen üblich sind, sorgt für eine weitere Abmilderung des Effizienzmaßstabs. Darauf sollte im Rahmen der Entgeltregulierung verzichtet werden. Denkbar ist weiterhin, dass den Mobilfunknetzbetreibern eine gewisse Übergangszeit zugestanden wird, in der die Terminierungsentgelte auf das Niveau der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung sinken müssen.⁸⁷

84 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 43, a.a.O., Tz. 147.

85 Ebenda.

86 So auch Koenig, C., Senger, M., Methoden und Maßstäbe der ex ante-Entgeltregulierung nach dem TKG, in: *Multi-media und Recht*, Jg. 10, 2007, S. 290 ff., hier S. 293; Groebel, in: Sacker, F.J. (Hrsg.), *Berliner Kommentar zum Telekommunikationsgesetz*, Frankfurt a.M. 2006, § 31 Rn. 20.

87 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 43, a.a.O., Tz. 152.

131. Ökonomisch betrachtet birgt eine zu strikte Regulierung der Mobilfunkterminierung auch Risiken. Wird die Überlebensfähigkeit der kleinen Anbieter aufgrund eines zu strengen Effizienzmaßstabs in Frage gestellt, so wird auch der Wettbewerb auf dem Endkundenmarkt merklich geschwächt. Die Regulierung der Terminierungsentgelte hätte zwar die Verzerrungen zu Lasten des Festnetzes beseitigt, dies aber auf Kosten des Wettbewerbs auf dem Endkundenmarkt im Mobilfunk.

4.3 Besondere Missbrauchsaufsicht

132. Die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Vorschriften des § 42 TKG zur besonderen Missbrauchsaufsicht anwendbar sind, waren im Berichtszeitraum Gegenstand von Entscheidungen des Verwaltungsgerichts Köln und des Bundesverwaltungsgerichts.⁸⁸ Ausgangspunkt war die Klage der telegate AG gegen einen Beschluss der Bundesnetzagentur aus dem Jahr 2005. Die Behörde hatte ein auf § 42 TKG gestütztes Missbrauchsverfahren gegen die DTAG eingestellt, bei dem es um den Vorwurf der Diskriminierung und unbilligen Behinderung der telegate AG ging. Telegate bietet in Konkurrenz zur DTAG einen öffentlichen Telefonauskunftsdienst an. Das Unternehmen fühlt sich diskriminiert und missbräuchlich behindert, weil die Deutsche Telekom Medien GmbH, ein Tochterunternehmen der DTAG, in ihren Telefonbüchern ausschließlich auf den Auskunftsdienst der DTAG hinweist und diesem dadurch zusätzlichen Bekanntheitsgrad und Nachfrage verschafft.

133. Das Verwaltungsgericht Köln hat die Klage gegen die Einstellung des Verfahrens mit der Begründung abgelehnt, ein missbrauchsaufsichtliches Einschreiten gegen die DTAG scheitere bereits daran, dass für den in Betracht kommenden Markt für „Telefonbücher“ oder für „Werbeanzeigen für Rufnummern“ keine Feststellungen im Hinblick auf die Regulierungsbedürftigkeit und die beträchtliche Marktmacht gemäß §§ 10 und 11 TKG vorliegen. Die einzige Ausnahme von diesem Grundsatz sei die Weitergeltung einer früheren Feststellung zur beträchtlichen Marktmacht gemäß der Übergangsvorschrift des § 150 Abs. 1 TKG. Danach bleiben die von der Regulierungsbehörde vor Inkrafttreten des 2004 novellierten Telekommunikationsgesetzes getroffenen Feststellungen zu marktbeherrschenden Stellungen sowie die daran anknüpfenden Verpflichtungen so lange wirksam, bis sie durch neue Entscheidungen der Regulierungsbehörde nach dem novellierten Telekommunikationsgesetz ersetzt werden.

134. Das Bundesverwaltungsgericht bestätigt das Verwaltungsgericht Köln und stellt fest, dass die Durchführung eines Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens gemäß §§ 10 und 11 TKG regelmäßige Voraussetzung für die Anwendung der Missbrauchsvorschriften des § 42 TKG ist. Dafür spreche vor allem der Umstand, dass das Telekommunikationsgesetz die besondere Missbrauchsaufsicht als Bestandteil des mit „Marktregulierung“ überschriebenen zweiten Teils des Gesetzes ausgestaltet habe, für den gemäß § 9 Abs. 1 TKG das Verfahren nach §§ 10 und 11 TKG als Voraussetzung gilt. Insoweit markiert das Verfahren der Marktdefinition und Marktanalyse die Scheidelinie zwischen der sektorspezifischen besonderen Missbrauchsaufsicht und der Missbrauchsaufsicht gemäß den Vorschriften des allgemeinen Wettbewerbsrechts.

135. Das Bundesverwaltungsgericht macht deutlich, dass die nachträgliche Missbrauchsaufsicht gemäß § 42 TKG allerdings keine Verpflichtung ist, die dem regulierungsbedürftigen Unternehmen mit

⁸⁸ VG Köln, Urteil vom 21. Dezember 2005, 21 K 1200/05; BVerwG, Urteil vom 18. April 2007, 6 C 21.06.

beträchtlicher Marktmacht im Rahmen der Marktregulierung auferlegt wird, sondern dass sie diese ergänzt und ihr nachfolgt. Dies bedeutet, dass das Verfahren der Marktdefinition und Marktanalyse nicht erst aus Anlass eines Missbrauchsverfahrens gemäß § 42 TKG durchzuführen ist, sondern bereits früher im Rahmen der Marktregulierung durchgeführt worden sein kann. Insoweit spricht auch die vergleichsweise kurze Entscheidungsfrist des § 42 Abs. 4 TKG von in der Regel vier Monaten nach Einleitung des Verfahrens nicht dagegen, dass die nachträgliche Missbrauchsaufsicht lediglich für Märkte relevant ist, die der Marktregulierung im Sinne von § 9 Abs. 1 TKG unterliegen.

136. Vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts Köln und des Bundesverwaltungsgerichts zur Anwendung von § 42 TKG schlägt der VATM vor, im Telekommunikationsgesetz eine von der Feststellung der Regulierungsbedürftigkeit unabhängige sektorspezifische Missbrauchsaufsicht zu etablieren.⁸⁹ Aus Sicht des Verbandes läuft die sektorspezifische Missbrauchsaufsicht ins Leere, wenn zunächst die zeitraubenden Verfahren zur Feststellung der Regulierungsbedürftigkeit durchzuführen sind. Ähnlich äußert sich der Bundesrat in einer Stellungnahme zur Novelle des Telekommunikationsgesetzes im Rahmen des Gesetzes zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG.⁹⁰ Die Bundesregierung wird dort gebeten, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens sicherzustellen, dass eine Ex-post-Regulierung durch die Bundesnetzagentur im Sinne einer nachträglichen Missbrauchsaufsicht und Entgeltregulierung gemäß §§ 38 und 42 TKG auch ohne den Abschluss eines förmlichen Marktanalyseverfahrens erfolgen kann. Zur Begründung wird auf die Gefahr einer Regelungslücke hingewiesen, die entstehen würde, wenn bei den derzeitigen Marktverhältnissen nicht das Telekommunikationsgesetz, sondern lediglich die kartellbehördliche Missbrauchsaufsicht anwendbar wäre.

137. Der Vorschlag des VATM beruht auf der Vorstellung, dass sektorspezifisches und allgemeines Wettbewerbsrecht ein dreifach abgestuftes Eingriffssystem bilden. Auf der ersten, eingriffintensivsten Stufe finde die Ex-ante-Regulierung statt, die eine Marktdefinition und -analyse gemäß der §§ 10 und 11 TKG voraussetze. Die zweite Stufe bilde die eingriffsschwächere Ex-post-Regulierung durch die Bundesnetzagentur, zu der die nachträgliche Entgeltregulierung gemäß § 38 TKG und die besondere Missbrauchsaufsicht gemäß § 42 TKG gehörten. Die Missbrauchsaufsicht durch das Bundeskartellamt bilde die eingriffsschwächste, dritte Stufe. Vorgeschlagen wird, dass der Gesetzgeber durch eine Klarstellung im Telekommunikationsgesetz die Anwendung der §§ 38 und 42 TKG ohne das vorgeschaltete Verfahren zur Feststellung der Regulierungsbedürftigkeit zulässt. Wie genau diese Klarstellung aussehen soll und an welcher Stelle des Gesetzes sie eingefügt werden soll, wird nicht konkretisiert.

138. Die Monopolkommission lehnt den Vorschlag ab. Bereits die Ausgangsthese des VATM, Telekommunikationsgesetz und Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen bildeten ein dreifach abgestuftes Eingriffssystem der Regulierung trifft nicht zu. Sektorspezifische Eingriffe setzen gemäß den Vorgaben der Märkteempfehlung der Europäischen Kommission und des Telekommunikationsgesetzes voraus, dass die Regulierungsbedürftigkeit eines Marktes gegeben ist und dass beträchtliche Marktmacht vorliegt. Gemäß § 9 TKG gilt dies für alle Maßnahmen der Marktregulierung in Teil 2 des Telekommunikationsgesetzes. Dazu gehören sowohl § 38 als auch § 42 TKG. Sind die

⁸⁹ VATM-Positionspapier zur effizienten Ausgestaltung einer sektorspezifischen Missbrauchsaufsicht im TKG vom 16. April 2007.

⁹⁰ BT-Drs. 16/5846 vom 27. Juni 2007.

Voraussetzungen für die Regulierungsbedürftigkeit – anhaltende strukturell oder rechtlich bedingte Marktzutrittschranken, fehlende längerfristige Tendenz zu wirksamem Wettbewerb, Insuffizienz des allgemeinen Wettbewerbsrechts – nicht gegeben, unterliegt ein Markt auch nicht der sektorspezifischen Regulierung. Im Übrigen hat die Monopolkommission erhebliche Zweifel, ob eine Abkoppelung der Vorschriften zur nachträglichen Entgeltregulierung und zur besonderen Missbrauchsaufsicht von dem Verfahren der Marktdefinition und Marktanalyse mit europäischem Telekommunikationsrecht vereinbar wäre. Dies allein schon deshalb, weil damit Mitwirkungsrechte der Europäischen Kommission und der anderen nationalen Regulierungsbehörden eingeschränkt würden.

139. Es besteht auch keine Regulierungslücke, wie der VATM in seinem Papier annimmt. Wird auf einem Markt trotz nicht vorhandener Regulierungsbedürftigkeit Marktbeherrschung festgestellt, kommt allgemeines Wettbewerbsrecht zur Anwendung. Eine Regulierungslücke würde bestehen, wenn missbräuchliche Sachverhalte weder nach dem Telekommunikationsgesetz noch nach wettbewerbsrechtlichen Vorschriften verfolgt werden könnten. Das ist nicht der Fall, weil die Missbrauchsvorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen immer dann anwendbar sind, wenn die Voraussetzungen für die Anwendung von § 42 TKG nicht gegeben sind. Europäisches Wettbewerbsrecht, namentlich Art. 81 und 82 EGV, ist darüber hinaus immer anwendbar. Das gilt auch für die Fälle, in denen § 42 TKG einschlägig ist. Hier gibt es parallele Eingriffsmöglichkeiten nach dem Telekommunikationsgesetz durch die Regulierungsbehörde und dem EG-Vertrag durch das Bundeskartellamt bzw. die Europäische Kommission. Für das Bestehen einer Regulierungslücke spricht auch nicht das Argument, die Bundesnetzagentur sei die sachnähere Behörde. Zwar ist die Bundesnetzagentur aufgrund ihrer spezifischen Marktkenntnisse die sachnähere Behörde für den Sektor der Telekommunikation. Das Bundeskartellamt ist aufgrund seiner Erfahrungen bei der Anwendung des Wettbewerbsrechts allerdings die sachnähere Behörde für die Aufgabe der Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen. Lediglich auf den Märkten, auf denen die Bundesnetzagentur bereits für die Regulierung von Zugang und Entgelten zuständig ist, stellt sie ausweislich der Gesetzesbegründung zu § 42 TKG die sachnähere Behörde dar.⁹¹

140. Ohne vorheriges Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren ist die besondere Missbrauchsaufsicht des Telekommunikationsgesetzes in Fällen anwendbar, in denen regulierungsbehördliche Feststellungen zur beträchtlichen Marktmacht und die daran anknüpfenden Verpflichtungen aus der Zeit vor dem Inkrafttreten des Telekommunikationsgesetzes 2004 stammen und gemäß der Übergangsvorschrift des § 150 Abs. 1 TKG bis zu einer neuen Entscheidung der Behörde weiter gelten. Die Monopolkommission ist allerdings der Auffassung, dass die Übergangsregelung des § 150 Abs. 1 Satz 1 TKG für die Regulierungspraxis mit der Zeit an Bedeutung verliert. Das ergibt sich bereits aus dem Sinn und Zweck der Übergangsregelung, der darin bestand, dass während der Einführung des neuen Regulierungsregimes für die Telekommunikationsmärkte keine Regulierungslücken entstehen. Inzwischen ist mit dem weitgehenden Abschluss der ersten Runde der Marktanalyse die Übergangsphase beendet. Die Gefahr von Regulierungslücken besteht nicht mehr. Hinzu kommt, dass sich die Marktverhältnisse auch im Bereich der Telekommunikation ändern und dass es den Feststellungen zur beträchtlichen Marktmacht, die vor der Novelle des Telekommunikationsgesetzes im Jahr 2004 getroffen wurden, Ende des Jahres 2007 an der notwendigen Aktualität fehlt.

⁹¹ Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung, BT-Drs. 15/2316 vom 9. Januar 2004, S. 71. Die Begründung bezieht sich noch auf § 40 TKG-Entwurf, der inhaltlich aber dem späteren § 42 TKG entspricht.

141. Mit der Novelle des Telekommunikationsgesetzes 2007 hat der Gesetzgeber die besondere Missbrauchsaufsicht um eine präventive Verhaltenskontrolle erweitert. Gemäß dem neuen § 42 Abs. 4 Satz 3 TKG kann die Bundesnetzagentur eine Missbrauchsverfügung bereits dann erlassen, wenn Tatsachen vorliegen, die die Annahme rechtfertigen, dass ein Unternehmen seine marktmächtige Stellung auf Endkundenmärkten missbräuchlich auszunutzen droht. Ausweislich der Gesetzesbegründung soll die präventive Missbrauchsaufsicht als Auffangtatbestand die bestehende Palette des Telekommunikationsgesetzes an Ex-ante-Eingriffsmöglichkeiten auf Endnutzermärkten ergänzen.⁹² Auferlegt werden können grundsätzlich nur Verhaltensweisen, die dem in Rede stehenden Wettbewerbsproblem entsprechen und verhältnismäßig sind. In der Gesetzesbegründung beispielhaft genannt werden das Diskriminierungsverbot, die Einhaltung von Transparenzvorschriften oder die vollständige Untersagung eines bestimmten Verhaltens, wie das Verbot des Marktzutritts.⁹³ Die präventive Verhaltenskontrolle kann nur auf Märkten angewendet werden, für die ein Verfahren gemäß §§ 10 und 11 TKG die Regulierungsbedürftigkeit festgestellt hat. Das ergibt sich bereits daraus, dass der Gesetzgeber in § 13 Abs. 1 und 4 TKG (Rechtsfolgen der Marktanalyse) sowie in § 132 Abs. 4 Satz 2 TKG (Voraussetzung für eine Beschlusskammerentscheidung) explizit Hinweise auf den neuen § 42 Abs. 4 Satz 3 TKG aufgenommen hat.

⁹² Vgl. BT-Drs. 16/2581 vom 14. September 2006, S. 24.

⁹³ Ebenda.

5. Aktuelle Fragen der Regulierung

5.1 Übergang in das allgemeine Wettbewerbsrecht

142. Der zunehmende Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten führt dazu, dass nach und nach Märkte aus der sektorspezifischen Regulierung zu entlassen sind. Die Deregulierung bezieht sich dabei auf Märkte, die von der Bundesnetzagentur nach wettbewerbsrechtlichen Kriterien abgegrenzt werden. Dabei kommt es häufig zu relativ engen sachlichen Marktabgrenzungen und in deren Folge zu einem Übergang in das allgemeine Wettbewerbsrecht, der sich nicht an zusammenhängenden Funktionsbereichen, sondern an vergleichsweise kleinteiligen ökonomischen Marktabgrenzungen orientiert. Beispiele dafür sind die Unterscheidung von Märkten für Inlands- und Auslandsverbindungen, für Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze und in ausländische Mobilfunknetze oder von Märkten für Abschluss-Segmente und für Fernübertragungs-Segmente von Mietleitungen. Bei allen drei Beispielen erfüllt der eine Markt die Kriterien des § 10 Abs. 2 TKG für die Regulierungsbedürftigkeit und unterliegt der sektorspezifischen Regulierung, während der jeweils andere Markt die Kriterien nicht erfüllt und bereits dem allgemeinen Wettbewerbsrecht unterliegt. Die Monopolkommission verkennt nicht, dass ein solcher „marktweiser“ Übergang in das allgemeine Wettbewerbsrecht insofern dem Gesetz entspricht, als das europäische Telekommunikationsrecht in Art. 15 Rahmenrichtlinie und in der Märkteempfehlung eine Definition der Märkte im Einklang mit den Grundsätzen des Wettbewerbsrechts vorsieht. Gleichwohl stellt sich die Frage, ob diese Art des Übergangs in das allgemeine Wettbewerbsrecht eine angemessene Deregulierungsstrategie darstellt.

143. Die Monopolkommission hat sich mit der Frage einer angemessenen Deregulierungsstrategie bereits im Zusammenhang mit dem Übergang von der Ex-ante- zur Ex-post-Regulierung befasst.⁹⁴ Sie hatte sich seinerzeit für eine „bereichsweise“ und gegen eine „marktweise“ Deregulierung ausgesprochen. Eine bereichsweise Rückführung bezieht sich auf dabei auf Funktionsbereiche wie etwa den für Festnetzverbindungen. Ein solcher Funktionsbereich besteht oftmals aus mehreren nach wettbewerbsrechtlichen Kriterien abgegrenzten sachlich relevanten Märkten, im konkreten Fall der Festnetzverbindungen aus Märkten für Inlandsverbindungen, Auslandsverbindungen, Verbindungen in inländische Mobilfunknetze, Verbindungen in ausländische Mobilfunknetze und Verbindungen im Rahmen von Systemlösungen. Die Skepsis der Monopolkommission im Hinblick auf eine marktweise Deregulierung gründet sich auf die Erwägung, dass es keine zuverlässigen Verfahren zur Verhinderung von Quersubventionen sowie die Übertragung von Marktmacht zwischen Telekommunikationsmärkten mit einer unterschiedlich ausgeprägten Wettbewerbsintensität gibt. Zu beachten ist allerdings, dass die Gefahr einer wettbewerbswidrigen Quersubventionierung so stark ausgeprägt sein muss, dass sie eine weitere sektorspezifische Regulierung rechtfertigt. Zu beachten ist jedoch ebenfalls, dass der Marktabgrenzung im Wettbewerbsrecht immer eine gewisse Willkürlichkeit anlastet, was dazu führt, dass Fragen der sachlichen Marktabgrenzung vergleichsweise häufig Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen sind.

144. Die Marktabgrenzungen nach den Kriterien des Wettbewerbsrechts sind nach Auffassung der Monopolkommission nicht dazu geeignet, Grundlage für die Entscheidung zu sein, ob ein Markt der sektorspezifischen Regulierung oder dem allgemeinen Wettbewerbsrecht unterliegt. Dagegen spricht bereits die grundsätzliche Erwägung, dass es bei Fragen der sektorspezifischen Regulierung

⁹⁴ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 33, a.a.O., Tz. 38 ff; dies., Sondergutachten 39, a.a.O., Tz. 14 ff.

oder Deregulierung auch um marktübergreifende Zusammenhänge und die Kohärenz des Ordnungsrahmens für die Branche insgesamt gehen muss. Bei einer rein wettbewerbsrechtlichen Betrachtungsweise besteht dafür kaum Spielraum. Hier geht es um punktuell zu treffende Einzelentscheidungen, nämlich das Verbot eines Missbrauchs oder die Untersagung eines Unternehmenszusammenschlusses. Zusammenhänge zwischen den Märkten spielen dabei nur eine untergeordnete Rolle. Vor diesem Hintergrund schlägt die Monopolkommission vor, den Übergang in das allgemeine Wettbewerbsrecht insoweit „bereichsweise“ zu vollziehen, als zusammenhängende Funktionsbereiche jeweils insgesamt in einem Block in das allgemeine Wettbewerbsrecht überführt werden. Der Unterschiedlichkeit der Wettbewerbsentwicklungen auf den einzelnen sachlich relevanten Märkten innerhalb eines Funktionsbereichs sollte dadurch Rechnung getragen werden, dass wettbewerbsintensivere Märkte mit eingriffsschwachen Maßnahmen und weniger wettbewerbsintensive Märkte mit entsprechend stärkeren Instrumenten reguliert werden.

145. Fraglich bei diesem Ansatz ist, welche Märkte zu einem zusammenhängenden Funktionsbereich gehören und welche nicht. Offensichtlich ist, dass die zusammenhängenden Funktionsbereiche heute weiter zu ziehen sind als zu Beginn der Marktöffnung. Exemplarisch dafür ist, dass die Bündelung von Produkten inzwischen weiter fortgeschritten ist. Konnte man noch vor wenigen Jahren deutlich zwischen Anbietern von Fern- und Auslandsgesprächen sowie von Ortsgesprächen und Teilnehmeranschlüssen unterscheiden, spielen solche Unterscheidungen heute keine Rolle mehr. Nahezu sämtliche Marktteilnehmer bieten Produktbündel und Komplettangebote aus Schmal- und Breitbandanschluss, Telefondienst und Internetnutzung an. Aus Sicht der Monopolkommission ist eine Deregulierung der Märkte für Festnetzverbindungen unter Beibehaltung der sektorspezifischen Regulierung der Teilnehmeranschlüsse noch vorstellbar. Nicht mehr vorstellbar ist jedoch eine Deregulierung einzelner Teilmärkte innerhalb eines Funktionsbereichs, wie des Marktes für Festnetzverbindungen in ausländische Mobilfunknetze, unter Beibehaltung der Regulierung des Marktes für Festnetzverbindungen in inländische Mobilfunknetze.

146. Gegen eine bereichsweise Deregulierung spricht jedoch, dass die Bundesnetzagentur dabei noch zögerlicher bei der Rückführung der Regulierung sein könnte und ganze Bereiche aufgrund von vergleichsweise kleinen Problemen aus einem Vorsichtsprinzip heraus in der Regulierung belässt, selbst wenn die Märkte schon dereguliert werden könnten. So wäre zu befürchten, dass es statt zu einer Deregulierung des Marktes für Verbindungen in inländische Mobilfunknetze zu einer Beibehaltung der Regulierung des Marktes für Verbindungen in ausländische Mobilfunknetze gekommen wäre.

147. Da die Marktabgrenzung der Europäischen Kommission im Rahmen der Märkteempfehlung in vielen Fällen weiter ist, als dies nach wettbewerbsrechtlichen Kriterien der Fall wäre – die Kommission selber spricht von „Marktbereichen“ statt von „Märkten“ –, entspricht diese eher der Abgrenzung nach Funktionsbereichen als die Abgrenzung der relevanten Märkte durch die Bundesnetzagentur. Die Monopolkommission schlägt daher trotz der oben genannten Bedenken vor, dass sich die Überführung von Märkten in das allgemeine Wettbewerbsrecht nicht an der wettbewerbsrechtlichen Abgrenzung durch die Bundesnetzagentur, sondern an den Abgrenzungen der Märkteempfehlung orientiert. Da sich aber auch die Märkteempfehlung der Europäischen Kommission nicht durchgängig auf Funktionsbereiche bezieht, könnte die Bundesnetzagentur Märkte, die funktional zusammen gehören, zum Zwecke der Prüfung der Regulierungsbedürftigkeit zusammenfassen, auch wenn die Empfehlung der Europäischen Kommission sie getrennt behandelt. Die Mono-

polkommission hält es für notwendig, dass die Bundesnetzagentur zugleich auch die Angemessenheit der weiteren Regulierung detailliert darlegt.

148. Bei der Diskussion um den Übergang von der sektorspezifischen Regulierung zum allgemeinen Wettbewerbsrecht wird zuweilen auch die Frage nach der behördlichen Anbindung gestellt. Vorstellbar ist, dass die Missbrauchsaufsicht über Telekommunikationsmärkte, die die Voraussetzungen des § 10 Abs. 2 TKG für die Regulierungsbedürftigkeit nicht erfüllen, auf denen aber gleichwohl beträchtliche Marktmacht besteht, durch die Bundesnetzagentur statt durch das Bundeskartellamt erfolgt. Die Bundesnetzagentur könnte die Missbrauchsaufsicht auf § 42 TKG stützen oder die Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen zur Verhaltenskontrolle anwenden. Die Vorteile einer solchen institutionellen Regelung wären, dass die Missbrauchsaufsicht über Telekommunikationsmärkte bei der sachnäheren Behörde bliebe und dass Probleme, die sich aus dem Nebeneinander unterschiedlicher Rechtswege, unterschiedlicher Behörden und unterschiedlicher Gerichte bei der Rechtsanwendung ergeben, minimiert werden.

149. Es sprechen allerdings auch gewichtige Argumente gegen diesen Vorschlag. Während die Bundesnetzagentur aufgrund ihrer spezifischen Marktkenntnisse zwar die sachnähere Behörde für den Sektor der Telekommunikation ist, bleibt das Bundeskartellamt aufgrund seiner Erfahrungen bei der Anwendung des Wettbewerbsrechts die sachnähere Behörde für die Aufgabe der Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen. Hinzu kommt, dass die parallele Anwendung von Wettbewerbsrecht durch verschiedene Behörden gegebenenfalls größere Probleme für die Einheitlichkeit der Rechtsanwendung aufwerfen würde als der Wechsel der Zuständigkeit von der Bundesnetzagentur auf das Bundeskartellamt. Im Übrigen würde sich eine sektorspezifische Zuständigkeit der Bundesnetzagentur für die Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen kaum auf den Bereich der Telekommunikation begrenzen lassen. Eine Gleichbehandlung anderer Netzindustrien, wie der Energiewirtschaft, der Post und der Bahn, läge in der Natur der Sache. Auf diese Weise würde die Bundesnetzagentur zu einem „Nebenkartellamt“ werden, was mit einem Bedeutungsverlust des Bundeskartellamtes einhergehen würde. Die Monopolkommission lehnt das entschieden ab.

5.2 Regulierung neuer Märkte

5.2.1 Einführung eines gesetzlichen Freistellungstatbestandes

150. Mit dem Gesetz zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Vorschriften vom 18. Februar 2007 wurde das Telekommunikationsgesetz um eine Regelung zur Regulierung neuer Märkte ergänzt.⁹⁵ Eingefügt wurde ein § 9a TKG, wonach neue Märkte grundsätzlich von der Regulierung befreit sind, es sei denn, Tatsachen rechtfertigen die Annahme, dass bei fehlender Regulierung die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes im Bereich der Telekommunikationsdienste oder -netze langfristig behindert wird. Eingefügt wurde zudem eine Legaldefinition des Begriffs „neuer Markt“. Gemäß § 3 Nr. 12b TKG handelt es sich bei einem neuen Markt um einen Markt für Produkte und Dienste, die sich von bislang vorhandenen Produkten und Diensten hinsichtlich der Leistungsfähigkeit, Reichweite, Verfügbarkeit für größere Benutzerkreise (Massenmarktfähigkeit), des Preises oder der Qualität aus Sicht des verständigen Nachfragers nicht nur unerheblich unterscheiden und diese nicht lediglich ersetzen.

95 BGBl. I 2007 S. 106, 108.

151. Auslöser der Gesetzesänderung war die Mitte des Jahres 2005 erhobene Forderung der DTAG, ihre Investitionen in ein neues glasfaserbasiertes Hochgeschwindigkeitsnetz, das sog. VDSL-Netz, dadurch zu schützen, dass das Netz von der Regulierung befreit wird. Unter dem Eindruck der Ankündigung der DTAG, die Investitionen in das neue Netz gegebenenfalls nicht vorzunehmen, hatten CDU, CSU und SPD in ihrem Koalitionsvertrag vereinbart, zum Schutz solcher Investitionen eine Regelung zur befristeten Freistellung neuer Märkte von der Regulierung anzustreben. Bundestag und Bundesrat haben schließlich Ende November bzw. Mitte Dezember 2006 beschlossen, das Telekommunikationsgesetz um eine entsprechende Regelung zu ergänzen, die am 24. Februar 2007 in Kraft getreten ist. Unmittelbar danach hat die Europäische Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland ein Vertragsverletzungsverfahren gemäß Art. 226 EGV eingeleitet und Ende Juni 2007 Klage beim Europäischen Gerichtshof erhoben. Die Bundesnetzagentur hat Anfang Juni 2007 Auslegungsgrundsätze zu dem neu eingeführten § 9a TKG veröffentlicht.

152. Die Monopolkommission hat sich bereits in ihrem Sondergutachten zur Telekommunikation im Jahr 2005 mit der Frage der Regulierung neuer Märkte befasst und sich grundsätzlich für eine zeitweise Freistellung ausgesprochen.⁹⁶ Einer Regelung im Telekommunikationsgesetz stand sie allerdings skeptisch gegenüber, da anzunehmen sei, dass eine gesetzliche Regelung das schwierige Problem der Unterscheidung neuer und alter Märkte nicht leisten könne, und weil darüber hinaus eine nationale gesetzliche Regelung überflüssig sei, da die Freistellung eines neuen Marktes von der Regulierung bereits durch geltendes europäisches Telekommunikationsrecht gedeckt sei. Nicht zuletzt stand die Befürchtung im Raum, dass eine Regelung im nationalen Rahmen, je nach Ausgestaltung, gegebenenfalls nicht mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sei.

153. Die im Februar des Jahres 2007 in Kraft getretene Änderung des Telekommunikationsgesetzes ist weniger kritisch zu sehen, als zunächst befürchtet. Materiell handelt es sich im Wesentlichen um eine Klarstellung der ohnehin geltenden Rechtslage. Im europäischen Telekommunikationsrecht werden an verschiedenen Stellen Aussagen des Typs gemacht, dass neue und neu entstehende Märkte grundsätzlich von der Regulierung auszunehmen sind, dass aber auch auf neuen Märkten ein Wettbewerbsausschluss durch das führende Unternehmen zu verhindern sei. Dem trägt § 9a TKG Rechnung, indem er neue Märkte zwar grundsätzlich von der Regulierung ausnimmt, eine solche in begründeten Ausnahmefällen aber gleichwohl zulässt. Problematisch ist allerdings, dass es weder gelingt, das grundsätzliche Problem der Unterscheidung von neuen und alten Märkten gesetzlich vorzustrukturieren, noch die Ausnahme vom Grundsatz der Regulierungsfreistellung an ein gerichtlich überprüfbares Kriterium zu knüpfen. Im Ergebnis schafft die Regelung damit mehr Rechtsunsicherheit. Ob die gegebenenfalls verbesserten Anreizstrukturen für risikobehaftete Investitionen im Telekommunikationssektor dies mehr als kompensieren können, bleibt abzuwarten.

154. Der Gesetzgeber versucht das Problem der Abgrenzung neuer Märkte durch die Einführung einer Legaldefinition für den Begriff „neuer Markt“ zu lösen. Das gelingt nicht. § 3 Nr. 12b TKG nennt eine Reihe von Kriterien, mit denen neue Produkte und Dienste von bereits vorhandenen Produkten und Diensten zu unterscheiden sind. Unklar bleibt, welche Bedeutung diese Kriterien im konkreten Fall haben, ob ein oder mehrere Kriterien erfüllt sein müssen und in welchem Verhältnis sie zueinander stehen. Unklar bleibt insbesondere auch, was genau mit einem Unterscheidungsgrad „nicht nur unerheblich“ gemeint ist, ab dem ein Produkt oder Dienst aus der Sicht eines verständigen Verbrauchers so neu ist, dass ein neuer Markt entsteht.

⁹⁶ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 43, a.a.O., Tz. 183 ff.

155. § 9a TKG knüpft die Möglichkeit der Regulierung eines als neu definierten Marktes an die Voraussetzung, dass Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass bei fehlender Regulierung die Entwicklung eines „nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes“ langfristig behindert wird. Die Monopolkommission hat bereits früher darauf hingewiesen, dass die Nachhaltigkeit der Wettbewerbsorientierung eines Marktes kein wohldefiniertes Konzept der Wettbewerbstheorie oder Wettbewerbspolitik ist.⁹⁷ Es ist in einem hohem Maße problematisch, die Auferlegung regulatorischer Verpflichtungen oder gar, wie in diesem Fall, die Unterstellung eines Marktes unter die sektorspezifische Regulierung von einem solchen Konzept abhängig zu machen. Bei einer gerichtlichen Überprüfung einer Entscheidung gemäß § 9a TKG muss die Bundesnetzagentur im Zweifel nachweisen, warum mit der Entstehung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes langfristig zu rechnen ist oder eben nicht. Das dürfte ihr bereits deshalb schwer fallen, weil es sich hier um Einschätzungen handelt, die zumindest teilweise auf Wertungen beruhen. Die ohnehin schwierige Prognose von zukünftigen Wettbewerbsentwicklungen wird zudem noch dadurch erschwert, dass der Gesetzgeber explizit eine Langfristbetrachtung vorschreibt. Soweit die Gerichte der Behörde bei der Auslegung des Begriffs der nachhaltigen Wettbewerbsorientierung wegen der Unbestimmtheit des Kriteriums einen Beurteilungsspielraum einräumen, hätte dies jedenfalls zur Folge, dass die gerichtliche Überprüfbarkeit von Entscheidungen gemäß § 9a TKG entscheidend eingeschränkt ist.

156. Aus ökonomischer Sicht problematisch ist, dass das Risiko einer Investition nicht allein von dem Neuheitscharakter eines Produktes oder Dienstes anhängt. Insbesondere Infrastrukturinvestitionen können gerade dann mit erheblichen Risiken behaftet sein, wenn (noch) keine neuen Produkte und Dienste verfügbar sind. Umgekehrt kann eine Investition in neue Infrastrukturen relativ risikolos sein, selbst wenn darauf neue Produkte und Dienste erbracht werden. Für die Investitionsanreize eines Unternehmens ist jedoch das Risiko der Investition maßgeblich, nicht ob eine Investition neue oder alte Produkte hervorbringt. Dies muss sich keineswegs decken. Ökonomisch betrachtet geht es somit nicht um die Frage, ob ein Markt neu ist, sondern um die Frage, ob eine Investition risikobehaftet ist.

5.2.2 Auslegungsgrundsätze der Bundesnetzagentur zu § 9a TKG

157. Die Monopolkommission begrüßt, dass die Bundesnetzagentur vergleichsweise rasch nach der Einführung der §§ 9a und 3 Nr. 12b TKG Auslegungsgrundsätze veröffentlicht hat. Die Regulierungsbehörde hatte bereits im Februar 2006 mit Bezug auf den seinerzeit vorliegenden Referentenentwurf für eine Änderung des Telekommunikationsgesetzes und die Ausführungen der Monopolkommission in ihrem letzten Sondergutachten eine Anhörung zur Identifizierung neuer Märkte und ihrer regulatorischen Behandlung eingeleitet.⁹⁸ Dazu waren insgesamt 35 Stellungnahmen eingegangen, die auf der Homepage der Bundesnetzagentur veröffentlicht sind. Eine Zusammenfassung der Stellungnahmen ist zudem den Auslegungsgrundsätzen angehängt.

158. Die Bundesnetzagentur wird die Prüfungen, ob ein Markt neu im Sinne von § 9a in Verbindung mit § 3 Nr. 12b TKG ist und ob dieser Markt gegebenenfalls zu regulieren ist, im Rahmen der Verfahren der Marktregulierung gemäß der §§ 10 und 11 TKG durchführen. Das bedeutet, dass sowohl die Entscheidung, ob es sich um einen neuen Markt handelt, als auch die Entscheidung, ob die

⁹⁷ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 43, a.a.O., Tz. 18.

⁹⁸ Vgl. BNetzA, Mitteilung Nr. 79/2006, Anhörung zur Identifizierung „neuer Märkte“ im Bereich Telekommunikation sowie zu deren regulatorischer Behandlung, ABl. Nr. 4 vom 22. Februar 2006, S. 703.

Voraussetzungen für die Regulierung dieses als neu definierten Marktes gegeben sind, der Zustimmung des Bundeskartellamtes, der nationalen Konsultation und dem Konsultationsverfahren mit der Europäischen Kommission und den anderen nationalen Regulierungsbehörden gemäß § 12 TKG unterliegen. Die Monopolkommission begrüßt dies ausdrücklich, da die Beteiligung der Europäischen Kommission und der anderen nationalen Regulierungsbehörden divergierende Entscheidungen innerhalb der Gemeinschaft über den Neuheitscharakter eines Marktes und die Frage seiner Regulierungsbedürftigkeit verhindert. Mit der Klarstellung wird zugleich deutlich, dass mit der Neuregelung keine Beteiligungsrechte verletzt werden sollen, die gegebenenfalls die Konformität der Regelung mit dem Gemeinschaftsrecht hätten in Frage stellen können. Allerdings bezieht sich das Konsultationsverfahren gemäß § 12 Abs. 2 TKG nur auf Fälle, in denen „§ 10 Abs. 3 und § 11 Abs. 3 eine Vorlage [... an die Europäische Kommission] vorsehen“. Von Gesetzes wegen gilt das Verfahren also gerade nicht für die Bestimmung neuer Märkte gemäß § 9a TKG; dies ist keine Frage der Auslegung. Die Bundesnetzagentur mag das Verfahren gleichwohl *praeter legem* durchführen. Doch haben Konkurrenten darauf keinen Anspruch, so dass sie sich auch nicht auf einen Verfahrensfehler berufen können, wenn die Konsultation unterbleibt. Ob dies mit Gemeinschaftsrecht vereinbar ist, erscheint zweifelhaft, wird aber letztlich vom Europäischen Gerichtshof entschieden werden müssen.

159. Die Frage, ob ein Markt neu im Sinne der §§ 9a und 3 Nr. 12b TKG ist, soll im Rahmen einer Marktabgrenzung auf der Basis der im Wettbewerbsrecht üblichen Kriterien erfolgen. Methodisch stellt die Regulierungsbehörde dabei auf das Bedarfsmarktkonzept bzw. das Konzept der funktionalen Austauschbarkeit ab. Alternativ dazu kann der hypothetische Monopolistentest zu Anwendung gelangen. Ergänzend will die Behörde auf die Angebotsumstellungsflexibilität und die Homogenität der Wettbewerbsbedingungen abstellen. Gegenstand der Prüfung ist stets ein Produkt oder ein Dienst, das oder der entweder einem bereits vorhanden Markt zuzurechnen ist oder einen eigenständigen Markt bildet. Die Kriterien des § 3 Nr. 12b TKG sollen dabei im Rahmen dieser Prüfung berücksichtigt werden. Gemäß der Entscheidungsregel der Bundesnetzagentur liegt kein neuer Markt vor, wenn das in Rede stehende neue Produkt/der neue Dienst mit bereits vorhandenen Produkten oder Diensten aus der Nachfragerperspektive austauschbar ist. Die Behörde geht von der Existenz eines neuen Marktes aus, wenn die Austauschbarkeit mit vorhandenen Produkten oder Diensten nicht gegeben ist. Die Formulierung des Gesetzes, dass der Unterschied zu einem vorhanden Produkt oder Dienst „nicht unerheblich“ sein darf, legt die Bundesnetzagentur dahingehend aus, dass der festgestellte Unterschied erheblich sein muss und die Klassifizierung als neuer Markt demnach nur in eindeutigen Fällen möglich ist.

160. In der Begründung zu § 3 Nr. 12b TKG wird ausgeführt, dass es sich bei den relevanten Märkten sowohl um Vorleistungs- als auch um Endkundenmärkte handeln kann. Damit stellt sich die Frage, welche Auswirkungen die Einstufung eines Endkundenmarktes als neu auf die Einstufung eines korrespondierenden Vorleistungsmarktes hat und umgekehrt. Die Bundesnetzagentur geht zutreffend davon aus, dass die Einstufung eines Endkundenmarktes als neu nicht zwangsläufig auch dazu führt, den korrespondierenden Vorleistungsmarkt als neu einzustufen. Soweit neue Endkundenprodukte unter Verwendung bereits bestehender Vorleistungen produziert werden, besteht in der Regel kein Wettbewerbsproblem.⁹⁹ Wenn die Vorleistung ein Bottleneck ist, unterliegt sie der Re-

⁹⁹ Vgl. Vogelsang, I., Die regulatorische Behandlung neuer Märkte im Bereich der Telekommunikation, Gutachten für den Bundesverband Breitbandkommunikation e.V., Boston, 14. April 2006, S. 49.

gulation und steht den Wettbewerbern zur Verfügung. Wenn die Vorleistung kein Bottleneck ist, kann sie auf den Vorleistungsmärkten ohne Einschränkungen beschafft werden. In beiden Fällen kann das neue Endkundenprodukt nachgebildet werden. Ein Problem der Regulierung besteht nur dann, wenn mit einem neuen Endkundenmarkt ein neuer Vorleistungsmarkt entsteht. Dabei ist nicht ausgeschlossen, dass das neue Vorleistungsprodukt gleichzeitig geeignet oder gar vorzugswürdig ist, das bestehende Endkundenprodukt zu erstellen.

161. Handelt es sich um einen neuen Markt, kommt dieser für eine sektorspezifische Regulierung gemäß Teil 2 des Telekommunikationsgesetzes grundsätzlich nicht in Betracht. Gleichwohl ist regelmäßig zu prüfen, ob die Voraussetzungen des § 9a TKG für das ausnahmsweise Unterfallen unter die Regulierung gegeben ist. Methodisch will die Bundesnetzagentur dabei auf den Drei-Kriterien-Test des § 10 Abs. 2 TKG abstellen. Das ergebe sich bereits daraus, dass § 9a Abs. 2 TKG die ausnahmsweise Unterstellung unter die Regulierung ausdrücklich nach den Bestimmungen der §§ 9, 10, 11 und 12 TKG vorsehe. Gedanklich zerfällt die Prüfung der Regulierungsbedürftigkeit eines neuen Marktes damit in zwei Schritte. Zunächst sind im Rahmen einer Prognoseentscheidung die langfristigen Auswirkungen fehlender Regulierung auf die zukünftigen Wettbewerbsentwicklungen auf dem neuen Markt zu prüfen. Für den Fall, dass diese Prüfung zugunsten einer sektorspezifischen Regulierung ausfällt, wäre in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob die Voraussetzungen des § 10 TKG für die Regulierungsbedürftigkeit gegeben sind. Da beide Entscheidungen Prognoseentscheidungen sind und ähnliche Sachverhalte betreffen – langfristige Entwicklung der nachhaltigen Wettbewerbsorientierung bzw. längerfristige Tendenz zu wirksamem Wettbewerb – will die Bundesnetzagentur beide Prüfungsschritte zusammenfassen. Dabei sollen im Rahmen einer Untersuchung die Voraussetzungen des Drei-Kriterien Tests, ergänzt um den Aspekt der langfristigen Auswirkungen fehlender Regulierung, geprüft werden.

162. Die Monopolkommission sieht in der Z zusammenfassung der beiden Prüfungsschritte des § 9a Abs. 2 TKG kein Problem, da beide Prüfungen auf dasselbe analytische Ziel gerichtet sind, nämlich Anhaltspunkte dafür zu finden, ob ein Markt der sektorspezifischen Regulierung unterliegen sollte oder nicht. Sie hat bereits in früheren Stellungnahmen darauf hingewiesen, dass ein Markt, der die drei Kriterien für die Regulierungsbedürftigkeit erfüllt, nicht nachhaltig wettbewerbsorientiert ist, und umgekehrt, dass ein Markt, der diese Kriterien nicht erfüllt, als nachhaltig wettbewerbsorientiert gelten kann.¹⁰⁰ Dabei ist zu beachten, dass die nachhaltige Wettbewerbsorientierung nicht mit dem wettbewerbsrechtlichen Begriff der Abwesenheit von Marktbeherrschung bzw. beträchtlicher Marktmacht gleichzusetzen ist. Insoweit unterscheidet die Monopolkommission auch deutlich zwischen der Abwesenheit einer längerfristigen Tendenz zu wirksamem Wettbewerb und der Abwesenheit von wirksamem Wettbewerb selbst.¹⁰¹

163. Wird ein neuer Markt in einem begründeten Ausnahmefall als regulierungsbedürftig eingestuft, hat die Bundesnetzagentur bei der Auferlegung von Maßnahmen insbesondere die Ziele der Förderung von effizienten Infrastrukturinvestitionen und der Unterstützung von Innovationen zu beachten. Die Behörde legt diese Vorgabe des § 9a TKG dahingehend aus, dass eine Entscheidung für Regulierung nicht dazu führen darf, dass rechtmäßige Vorreitervorteile des führenden Unternehmens, die dieses etwa durch Innovationen erreicht hat, verhindert oder zunichte gemacht werden. Der Hinweis auf den Schutz rechtmäßiger Vorreitervorteile bedeutet, dass unrechtmäßige Vorrei-

¹⁰⁰ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 43, a.a.O., Tz. 12

¹⁰¹ Ebenda.

tervorteile, etwa solche, die sich aus der bloßen Existenz von Marktmacht ergeben, nicht schützenswert sind. Gleichzeitig soll verhindert werden, dass der neue Markt dem Wettbewerb verschlossen bleibt. Dies kann etwa dadurch erreicht werden, dass dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht, welches ein neues Produkt bzw. einen neuen Dienst einführt, zwar einerseits Zugangsverpflichtungen auferlegt werden, dass andererseits bei der Regulierung der Zugangsentgelte gemäß den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung die Investitionsrisiken berücksichtigt werden. Dabei ist zu bedenken, dass dies durch die Regulierungsbehörde nur schwer zu leisten sein wird, da die Risiken von Investitionen in Forschungs- und Entwicklungsaufwendungen, die unter anderem maßgeblich von der Wahrscheinlichkeit des Scheiterns bestimmt werden, nur schwer quantifizierbar sind. Vorstellbar wäre es, stattdessen auf andere Formen der Regulierung zurückzugreifen, die die Innovationsanreize erhalten, ohne den Wettbewerb nachhaltig zu behindern und die Option für anhaltenden Wettbewerb offenhalten. Beispiele dafür sind Diskriminierungsverbote, die neue Dienstmärkte für Inhalteanbieter offenhalten, oder Resale-Verpflichtungen, die dem Pioniermonopolisten die volle Gewinnmöglichkeit belassen, aber auch anderen Anbietern den Aufbau von Goodwill und Kundenstämmen ermöglichen.¹⁰²

164. Die Auslegungsgrundsätze der Bundesnetzagentur sprechen den zeitlichen Aspekt der Freistellung von der Regulierung nicht explizit an. Die Anbindung der Prüfung des § 9a TKG an das Verfahren der Marktdefinition und Marktanalyse gemäß §§ 10 und 11 TKG bedeutet aber automatisch, dass die Freistellung lediglich für zwei Jahre erfolgen kann. Ob ein von der Regulierung befreiter Markt im Rahmen einer Wiederholungsuntersuchung erneut als neuer Markt gekennzeichnet werden kann, ist zumindest fraglich. Die Möglichkeit sollte aber prinzipiell dann bestehen, wenn es nicht möglich ist, die Innovationsaufwendungen in einem Zweijahreszeitraum zu amortisieren.

5.2.3 Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht

165. Die EU-Kommission hat am 26. Februar 2006 ein als Eilverfahren geführtes Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland eingeleitet. Sie wirft der Bundesregierung vor, dass die §§ 9a und 3 Nr. 12b TKG gegen europäisches Recht verstoßen. Die Bundesregierung hat zu dem Aufforderungsschreiben der Europäischen Kommission Ende März 2007 Stellung genommen, ohne dass dabei die Bereitschaft – so die EU-Kommission – erkennbar war, den geäußerten Bedenken Rechnung zu tragen. Am 3. Mai 2007 hat die Kommission eine weitere, mit Gründen versehene Stellungnahme an Deutschland versandt und damit die letzte Phase vor der Einreichung einer Klage beim Europäischen Gerichtshof eingeleitet. Nachdem Deutschland weiterhin nicht im Sinne der Kommission reagiert hatte, reichte die Kommission Ende Juni 2007 Klage vor dem Europäischen Gerichtshof ein.

166. Die EU-Kommission nennt in ihrem Aufforderungsschreiben vom 26. Februar 2006 im Wesentlichen zwei Gründe, die für einen Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht sprechen:

- Das mit den §§ 9a und 3 Nr. 12b TKG eingeführte neue deutsche System zur Freistellung neuer Märkte von der Regulierung umgehe das System der Marktdefinition, Marktanalyse und Auferlegung von Verpflichtungen inklusive der Beteiligungsrechte, welches im Richtlinienpaket von 2002 vorgesehen ist. Das System zur Feststellung der Regulierungsbedürftigkeit komme nur in Ausnahmefällen zur Anwendung, nämlich wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass es langfristig zu Wettbewerbsproblemen kommt. Soweit auf eine Marktdefinition, Marktanalyse

¹⁰² Vgl. Vogelsang, I., a.a.O., S. 41.

und die Auferlegung von Verpflichtungen verzichtet wird, werden Beteiligungsrechte der interessierten Parteien, der EU-Kommission und der anderen nationalen Regulierungsbehörden verletzt.

- Die Regelung begrenze den Ermessensfreiraum der nationalen Regulierungsbehörde, indem nicht die Regulierungsbehörde über die Regulierung bzw. Nichtregulierung neuer Märkte entscheide, sondern der nationale Gesetzgeber. Hinzu komme, dass die Bedingungen, unter denen eine Regulierung neuer Märkte möglich ist (... langfristig kein nachhaltig wettbewerbsorientierter Markt ...), enger („nachhaltig wettbewerbsorientierter Markt“) als im Gemeinschaftsrecht („wirksamer Wettbewerb“) oder dem Gemeinschaftsrecht fremd („langfristig“) seien. Nicht zuletzt sei das Ermessen der nationalen Regulierungsbehörde zusätzlich dadurch eingeschränkt, das bei der Feststellung der Regulierungsbedürftigkeit und der Auswahl der Abhilfemaßnahmen bestimmte Ziele (effiziente Infrastrukturen, Innovationen) besonders zu berücksichtigen sind, während das Gemeinschaftsrecht eine Hervorhebung bestimmter Ziele nicht kennt.

167. Nach Auffassung der Monopolkommission ist das Argument, das deutsche System zur Freistellung neuer Märkte von der Regulierung umgehe das im Gemeinschaftsrecht vorgesehene System der Marktdefinition und Marktanalyse, nur zum Teil tragfähig. Dies vor allem deshalb, weil ein neuer Markt, der nicht Gegenstand der Märkteempfehlung der Europäischen Kommission ist, ohnehin nur dann dem System der Marktdefinition und Marktanalyse unterliegt, wenn es Anzeichen dafür gibt, dass die Kriterien für die Regulierungsbedürftigkeit vorliegen könnten und die Bundesnetzagentur auf eigene Initiative das Marktdefinitions- und -analyseverfahren inklusive der vorgesehenen Beteiligungsrechte einleitet. Gibt es solche Anzeichen nicht, wird der nationale Regulierer auch kein Verfahren nach §§ 10 und 11 TKG durchführen. Beteiligungsrechte der Europäischen Kommission werden insoweit nicht verletzt, da das Nichtaufgreifen eines Marktes, der nicht Gegenstand der Märkteempfehlung ist, auch nicht konsultations- und konsolidierungspflichtig ist.

168. Mit § 9a TKG führt Deutschland nun einen obligatorischen Test für neue Märkte ein. Im Rahmen dieses Tests muss das Kriterium des § 9a Abs. 2 TKG überprüft werden, nämlich ob Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass bei fehlender Regulierung die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes langfristig behindert wird. Dieser Test ist zwar keine Marktanalyse im Sinne des Gemeinschaftsrechts und des Telekommunikationsgesetzes, die Bundesnetzagentur beachtet aber, den Test im Rahmen einer Marktanalyse gemäß §§ 10 und 11 TKG unter Einschluss des Konsultationsverfahrens gemäß § 12 TKG durchzuführen.

169. Mehr Substanz hat die zweite Argumentationslinie der Europäischen Kommission. Das Gemeinschaftsrecht stellt die Feststellung der Regulierungsbedürftigkeit eines Marktes sowie die Auswahl der geeigneten Abhilfemaßnahmen in das Ermessen der nationalen Regulierungsbehörden. Das Ziel dieser institutionellen Ausgestaltung ist es einerseits, die Flexibilität der Regulierung zu erhöhen. Andererseits ist sichergestellt, dass die Kommission über ihr Vetorecht jeweils die letzte Entscheidung trifft. § 9a TKG determiniert nun das Verfahren zur Überprüfung der Regulierungsbedürftigkeit durch die Bundesnetzagentur. Damit wird der Ermessensspielraum des nationalen Regulierers beschränkt. Nicht die Regulierungsbehörde entscheidet darüber, ob und wie die Regulierungsbedürftigkeit eines neuen Marktes überprüft wird, sondern das Gesetz schreibt die Prüfung und das Prüfverfahren vor. Hinzu kommt, dass die Bundesnetzagentur bei dieser Prüfung und der gegebenenfalls folgenden Regulierungsverfügung insoweit eingeeengt ist, als dabei bestimmte Ziele der Regulierung (effiziente Infrastrukturen, Innovationen) besonders zu beachten sind. Hier wird eine Gewichtung bei den Zielen vorgenommen, die in den europäischen Richtlinien so nicht vorge-

sehen ist, und es ist unklar, ob und welche nationalen Instanzen für die Gewichtung der Ziele zuständig sind.

170. Wenig überzeugend wiederum ist das Argument, die Prüfung der Regulierungsbedürftigkeit neuer Märkte hänge von dem engeren Kriterium des „nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes“ ab, während das Gemeinschaftsrecht auf das Kriterium der „beträchtlichen Marktmacht“ abstelle. Der Begriff des nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes wird im Telekommunikationsgesetz definiert als Markt, auf dem der Wettbewerb so abgesichert ist, dass er auch nach der Rückführung der sektorspezifischen Regulierung fortbesteht. Damit wird dieser Begriff im Telekommunikationsgesetz in einem anderen Zusammenhang verwendet als im Gemeinschaftsrecht (Art. 12 Abs. 1 Zugangsrichtlinie).¹⁰³ Das Kriterium der beträchtlichen Marktmacht entscheidet auch im Gemeinschaftsrecht nicht allein über die Regulierungsbedürftigkeit eines Marktes. Zunächst müssen die Kriterien für die Regulierungsbedürftigkeit erfüllt sein. Reguliert wird darüber hinaus nur dann, wenn auf dem relevanten Markt, der grundsätzlich für eine sektorspezifische Regulierung in Betracht kommt, beträchtliche Marktmacht besteht. § 9a TKG stellt diesen Zusammenhang nicht in Frage.

5.3 Resale

5.3.1 Gesetzlicher Anpassungsbedarf

171. Gemäß § 121 Abs. 2 TKG soll die Monopolkommission in ihrem Gutachten unter anderem zu der Frage Stellung nehmen, ob die Regelung zum Resale in § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG im Hinblick auf die Wettbewerbsentwicklung anzupassen ist. Nach dieser Vorschrift kann die Regulierungsbehörde Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, verpflichten, Dritten den Zugang zu Endnutzerdiensten zum Zwecke des Wiederverkaufs im eigenem Namen und auf eigene Rechnung zu gewähren. Sie hat dabei die getätigten und die zukünftigen Investitionen für innovative Dienste zu berücksichtigen. Die Entgelte für den Einkauf der Dienste durch den Wiederverkäufer unterliegen der Ex-ante-Regulierung. Gemäß § 30 Abs. 5 TKG ergeben sie sich aus einem Abschlag auf den Endnutzerpreis, der einem effizienten Anbieter von Telekommunikationsdiensten die Erzielung einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals ermöglicht. Das Entgelt entspricht dabei mindestens den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung. Bis zum 30. Juni 2008 kann die Bundesnetzagentur nach § 150 Abs. 5 TKG den Wiederverkauf von Anschlüssen nur in Verbindung mit dem Wiederverkauf von Verbindungsleistungen (gebündeltes Resale) vorschreiben.

172. Die Monopolkommission hat bereits in ihrem letzten Sondergutachten darauf hingewiesen, dass eine Anpassung von § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG nur in einem begrenzten Rahmen möglich ist.¹⁰⁴ Nicht möglich ist der Verzicht auf die Vorschrift, da Resale gemäß Art. 12 Zugangsrichtlinie zu den Regulierungsinstrumenten gehört, die den nationalen Regulierungsbehörden zur Verfügung stehen müssen.¹⁰⁵ Zweifelhaft ist bereits, ob eine wesentliche Einschränkung der Möglichkeit, Resale anzu-

¹⁰³ Die Verwendung gleicher Begriffe mit unterschiedlicher Bedeutung im nationalen und im europäischen Recht ist als solches ein Problem. Um Rechtsunsicherheiten zu vermeiden, sollten solche Divergenzen vermieden werden.

¹⁰⁴ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 43, a.a.O., Tz. 192.

¹⁰⁵ 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, L 108 vom 24. April 2002, S. 7.

ordnen, wie dies in § 150 Abs. 5 TKG geschieht, mit der Zugangsrichtlinie vereinbar ist.¹⁰⁶ Möglich ist nach Auffassung der Monopolkommission die Streichung von § 21 Abs. 5 Nr. 3 Satz 2 TKG.¹⁰⁷ Hier wird geregelt, dass die Bundesnetzagentur bei der Auferlegung einer Resale-Verpflichtung „die getätigten und die zukünftigen Investitionen für innovative Dienste zu berücksichtigen“ hat. Was genau der Gesetzgeber mit dieser Vorgabe bezweckt, bleibt vage. Es ist davon auszugehen, dass durch Resale-Verpflichtungen die Innovationsanreize typischerweise nicht nachhaltig reduziert werden, sofern die Resale-Verpflichtungen nicht unangemessen sind.

5.3.2 Entbündeltes Anschluss-Resale als Regulierungsoption

173. In der bisherigen Regulierungspraxis hat § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG noch keine Anwendung gefunden. Im Wesentlichen erklärt sich das damit, dass Resale ein Instrument der Regulierung von Endkundenmärkten und hier insbesondere der Anschlussmärkte ist.¹⁰⁸ Da der Endkundenmarkt für Breitbandanschlüsse nicht reguliert wird, kam aus der Liste der bisherigen Märkteempfehlung vor allem der Markt für Teilnehmeranschlüsse in Betracht. Resale bei Teilnehmeranschlüssen ist aber dann kein effizientes Instrument, um mehr Wettbewerb zu erreichen, wenn Reseller gezwungen werden, Leistungen gebündelt zu übernehmen, die sie zum Teil selber bereitstellen. Für Verbindungsbetreiber, deren Geschäftsmodell darin besteht, eigene Verbindungsleistungen bereitzustellen, entfällt die Möglichkeit, ihre Angebotspalette mittels Resale um Teilnehmeranschlüsse zu erweitern, da sie bei dem gemäß § 150 Abs. 5 TKG vorgeschriebenen gebündelten Resale auch die Verbindungsleistungen der DTAG übernehmen und vermarkten müssten. Fraglich ist, ob die Bundesnetzagentur den Wegfall der Beschränkungen in § 150 Abs. 5 TKG zum 30. Juni 2008 zum Anlass nimmt, Resale als zusätzliche Verpflichtung auf dem Markt für den Zugang von Privat- und Geschäftskunden zum Festnetz (Märkte 1 und 2 der ersten Märkteempfehlung der Europäischen Kommission) aufzuerlegen, wenn die im Frühjahr 2008 anstehende Wiederholungsuntersuchung dazu führen sollte, dass der Markt weiterhin regulierungsbedürftig ist und dass Resale ein effizientes Instrument zur Verbesserung der Wettbewerbsintensität ist.

174. Die Monopolkommission geht davon aus, dass der Markt für den Zugang von Privat- und Geschäftskunden zum Festnetz auch für die zweite Regulierungsperiode ab Mitte 2008 die Voraussetzungen für die Regulierungsbedürftigkeit erfüllen wird. Dafür spricht sowohl die bisherige Wettbewerbsentwicklung in Deutschland als auch der Umstand, dass der Markt für den Zugang zum Festnetz als einziger Endkundenmarkt auch in der zweiten Märkteempfehlung der Europäischen Kommission enthalten ist.¹⁰⁹ Ob Resale gegebenenfalls als Instrument zur Beschleunigung der Wettbewerbsentwicklung bei den Teilnehmeranschlüssen im Festnetz in Betracht kommt, liegt im Ermessen der Bundesnetzagentur. Nach Auffassung der Monopolkommission überwiegen aus heutiger Sicht die Argumente, die für eine Resale-Verpflichtung sprechen.

175. Resale ist grundsätzlich geeignet, die Wettbewerbsintensität auf Märkten zu erhöhen, auf denen der infrastrukturbasierte Wettbewerb nicht oder nur langsam vorankommt. Bei den Teilnehmer-

¹⁰⁶ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 43, a.a.O., Tz. 203.

¹⁰⁷ Vgl. ebenda, Tz. 236.

¹⁰⁸ Vgl. ebenda, Tz. 215 ff.

¹⁰⁹ Commission Recommendation on relevant product and service markets within the electronic sector susceptible to ex ante regulation in accordance with Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic communications networks and services (Second edition), C(2007) 5406 rev 1, als vorläufiges Dokument veröffentlicht am 13. November 2007 auf der Homepage der Generaldirektion Informationswirtschaft der Europäischen Kommission.

anschlüssen ist das gegeben. Auch wenn die Wettbewerber hier in den vergangenen zwei Jahren merklich zusätzliche Kunden gewonnen haben, liegt der Marktanteil der DTAG Ende des Jahres 2007 immer noch bei mehr als 80 %. Der Wettbewerb beruht ganz überwiegend auf der Vorleistung des entbündelten Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung (TAL). Eine Voraussetzung zur Nutzung der TAL ist die physische Anbindung an das Netz der DTAG, die in aller Regel am Hauptverteiler erfolgt. Für 40 % der Haushalte ist diese Voraussetzung noch nicht erfüllt, d.h. sie haben weiterhin nicht die Möglichkeit, einen alternativen Anbieter von Teilnehmeranschlüssen zu wählen. Die Erschließung des Teilnehmeranschlussnetzes der DTAG durch die infrastrukturorientierten Wettbewerber wird sich gegebenenfalls weiter verzögern, wenn die TAL im Zuge des Netzausbaus der DTAG mit Glasfaser nicht mehr an den rund 8.000 Hauptverteilern, sondern erst an den ca. 300.000 Kabelverzweigern beginnt¹¹⁰

176. Mit Hilfe des Resale können Diensteanbieter unmittelbar und mit vergleichsweise überschaubaren Risiken den Markt für Teilnehmeranschlüsse betreten, da keine technologiebedingten versunkenen Kosten entstehen. Das Argument, Anschluss-Resale gefährde das Geschäftsmodell des entbündelten Zugangs zur TAL, teilt die Monopolkommission nicht. Bei konsistenten Entgelten stehen die alternativen Vorleistungen im Wettbewerb miteinander. Hinzu kommt, dass Resale bei richtiger Preissetzung infrastrukturbasierendem Wettbewerb nicht verdrängt, sondern erst dadurch ermöglicht, dass Wettbewerber bereits während ihres Netzaufbaus mit einer vollständigen Dienstpalette am Markt sein können. Da Reseller die Qualität ihres Produktes nicht oder nur unzureichend selber bestimmen können und durch vertikale Integration Verbundvorteile zwischen Produktion und Vertrieb entstehen, kann Resale Anreize zu einem schrittweisen Aufbau eigener Infrastrukturen schaffen.

177. Für Anschluss-Resale spricht auch die zunehmende Nachfrage nach Bündelprodukten aus Anschluss- und Verbindungsleistungen sowie nach Komplettangeboten aus Schmal- und Breitbandanschluss sowie Telefonie und Internetzugang. Verbindungsnetzbetreiber benötigen für ein Bündelangebot den Teilnehmeranschluss. Teilnehmernetzbetreiber könnten mit Hilfe von Anschluss-Resale ein flächendeckendes Angebot realisieren, da sie auf diese Weise auch Endkunden in Gebieten versorgen könnten, in denen sie ihre Infrastruktur noch nicht ausgebaut haben. Schließlich könnten auch die Reseller von Breitbandanschlüssen, deren Kunden weiterhin auf den Teilnehmeranschluss der DTAG angewiesen sind, mittels Anschluss-Resale ein Komplettangebot aus einer Hand realisieren.

178. Gegen Anschluss-Resale könnte sprechen, dass mit dem Bitstrom-Zugang ab April 2008 im Prinzip ein weiteres alternatives Vorleistungsprodukt existiert, welches Komplettangebote aus Anschluss, Telefonie und Internetzugang ermöglicht.¹¹¹ Zwar erhalten die Nachfrager dabei keinen schmalbandigen Teilnehmeranschluss, sondern lediglich einen Breitbandanschluss, über den sie per VoIP telefonieren. Sie könnten allerdings auf den herkömmlichen Telefonanschluss verzichten, was bis dahin nicht möglich ist. Anders als Resale setzt Bitstrom-Zugang allerdings auch Infrastrukturinvestitionen voraus. Diese fallen aber bei 73 Zusammenschaltungspunkten für ein flächendeckendes Angebot deutlich geringer aus als beim entbündelten Zugang zur TAL, der für die flächendeckende Versorgung eine Zusammenschaltung an 8.000 Hauptverteilern erfordert. Die Monopolkommission ist allerdings skeptisch, ob ab April 2008 tatsächlich Bitstrom-Zugang verfügbar ist. Zwar ist die Regulierungsverordnung für den IP-Bitstrom-Zugang seit September 2006 in Kraft. Bis

¹¹⁰ Vgl. dazu Abschnitt 4.1.3.6.

¹¹¹ Vgl. Abschnitt 4.1.3.2.

zum Abschluss der Vorbereitungen für dieses Gutachten im November 2007 ist es aber nicht gelungen, das Standardangebot zu fixieren. Es ist nicht damit zu rechnen, dass der noch folgende Prozess der Entgeltregulierung kurzfristig abzuschließen ist.

5.3.3 Resale und Entgeltregulierung

179. Gegenstand von Verfahren der nachträglichen Entgeltregulierung waren im Berichtszeitraum verschiedene Angebote der DTAG zum Wiederverkauf von DSL-Anschlüssen. Das erste Angebot im Jahr 2004, welches unter der Bezeichnung „Resale DSL“ vermarktet wurde, bezog sich auf Anschlüsse mit unterschiedlichen Übertragungsgeschwindigkeiten und sah einen Abschlag gegenüber den Endkundenentgelten von 11,5 % vor. Aus Sicht der Bundesnetzagentur gab es hinreichenden Anlass für die Vermutung, dass dieser Abschlag zu einem Vorleistungsentgelt geführt hat, das nicht mit den Maßstäben des § 28 TKG vereinbar war. Insbesondere ging das Amt davon aus, dass die Spanne zwischen dem Endkunden- und Vorleistungsentgelt nicht ausreichend war, was zu einer Preis-Kosten-Schere im Sinne des § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG führte. Vor dem Abschluss des Verfahrens änderte die DTAG ihr Angebot und erhöhte den Abschlag auf etwa 20 %. Nach den internen Berechnungen des Amtes deckt dieser Abschlag die Zusatzkosten der Reseller, womit ein Verstoß gegen die Maßstäbe des § 28 TKG nicht mehr gegeben war. Vor diesem Hintergrund wurde das Verfahren der nachträglichen Entgeltregulierung Mitte des Jahres 2006 ohne eine Entscheidung beendet.

180. Ab Ende des Jahres 2005 bot die DTAG zusätzlich zu Resale DSL „DSL NetRental“ an. Charakteristisch für DSL NetRental war, dass Großkunden das Produkt zu deutlich besseren Konditionen, sprich mit höheren Abschlägen auf den Endnutzerpreis, erhalten sollten als kleinere Abnehmer. Auch in diesem Fall wurde ein Verfahren der nachträglichen Entgeltregulierung geführt, welches im Mai 2006 zur Untersagung von DSL NetRental führte. Die gestaffelten Entgelte verstießen nach Auffassung der Bundesnetzagentur gegen § 28 Abs. 1 Nr. 2 TKG, da damit einzelnen Nachfragern Vorteile gegenüber anderen Nachfragern gleichartiger oder ähnlicher Telekommunikationsdienste eingeräumt wurden, ohne dass es dafür eine sachliche Rechtfertigung gab. Das Bundeskartellamt kam in einem parallel geführten Missbrauchsverfahren zu dem Ergebnis, dass DSL-NetRental zudem gegen Art. 82 EGV sowie §§ 19 und 20 GWB verstößt, weil damit kleine Nachfrager von Resale-Vorprodukten gegenüber den großen Nachfragern auf dem Endkundenmarkt für DSL-Anschlüsse missbräuchlich behindert wurden. Der Wettbewerbsvorteil durch niedrigere Bezugspreise war für Großabnehmer wie United Internet AG (1&1) und AOL Deutschland so groß, dass eine Verdrängung der meisten übrigen Reseller drohte.

181. Im Zusammenhang mit diesen Verfahren stellen sich mehrere Fragen. Erstens die nach der Anwendbarkeit des Telekommunikationsgesetzes. Die Bundesnetzagentur stützt ihre Eingriffe im Rahmen der nachträglichen Entgeltregulierung nicht auf ein Marktanalyseverfahren gemäß §§ 10 und 11 TKG, sondern auf zwei Entscheidungen zur Anordnung von Resale aus dem Jahr 2003.¹¹² Die dort getroffenen Feststellungen zur Frage der Marktbeherrschung sowie die daran geknüpften Verpflichtungen gelten nach Meinung der Behörde gemäß § 150 Abs. 1 TKG fort. Aus Sicht der Monopolkommission ist zumindest fraglich, ob die häufig als freiwillig bezeichneten Resale-Angebote der DTAG ab 2004 in einem so engen Zusammenhang mit den Anordnungen aus dem Jahre 2003 stehen, dass das Unterfallen unter das Telekommunikationsgesetz darauf gestützt werden kann.

¹¹² BNetzA, Beschlüsse vom 18. Juli 2003 bzw. 15. August 2003, BK3a-03/010 . Vgl. dazu auch Monopolkommission, Sondergutachten 39, a.a.O., Tz. 121 ff.

182. Fraglich ist gegebenenfalls auch die Beschränkung auf die nachträgliche Entgeltregulierung. Wenn die Anordnung der Bundesnetzagentur aus dem Jahr 2003 über die Fortgeltung gemäß § 150 Abs. 1 TKG zu einer Zugangsverpflichtung im Sinne von § 21 TKG wird, dann unterlägen die Resale-Entgelte nicht der nachträglichen, sondern der präventiven Entgeltregulierung gemäß § 31 TKG in Verbindung mit § 30 Abs. 5 TKG. Die Bundesnetzagentur lehnt diese Sicht in ihrem DSL-NetRental-Beschluss mit dem Argument ab, dass DSL NetRental eben keine per Regulierungsverfügung auferlegte Zugangsverpflichtung sei. Auch widerspreche es dem Sinn und Zweck des § 150 Abs. 1 TKG, wenn die Überführung einer Verpflichtung, die nach dem Telekommunikationsgesetz 1996 der nachträglichen Regulierung unterlag, unter dem Telekommunikationsgesetz 2004 zu einer Verschärfung der Regulierung führen würde.

183. Seit September 2006 bietet die DTAG anstelle von Resale-DSL das Vorleistungsprodukt „DSL-Wholesale“ mit Rabatten – je nach Übertragungsgeschwindigkeit des Anschlusses – zwischen 30 und 54 % auf den Endkundenpreis an. Bei Abschlägen in dieser Größenordnung liegt die Vermutung nahe, dass sie den Resellern auf dem Endkundenmarkt für DSL-Anschlüsse ungerechtfertigte Vorteile gegenüber Wettbewerbern verschaffen, die DSL-Anschlüsse auf der Basis des entbündelten Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung oder Line Sharing anbieten. Das ist dann der Fall, wenn die Abschläge vom Endkundenentgelt des Incumbent größer sind als die vermeidbaren Kosten des Vertriebs und wenn die Endkundenentgelte des Incumbent als Ausgangspunkt für die Ermittlung des Großhandelsrabatts nicht gleichzeitig den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung entsprechen.

6. Überprüfung des europäischen Rechtsrahmens für Kommunikationsmärkte

6.1 Hintergrund und Stand des Review

184. Der europäische Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsdienste aus dem Jahre 2002 ist seit Ende 2005 Gegenstand einer Überprüfung und Überarbeitung. Der Review dient dazu festzustellen, ob und in welchem Maße die Ziele des geltenden Rechtsrahmens erreicht wurden. Weiterhin soll erörtert werden, welche Fortentwicklungen in Anbetracht der technischen und ökonomischen Veränderungen notwendig sind, damit der Rechtsrahmen den Anforderungen des Sektors in den nächsten Jahren genügt. Der Startschuss für den Review fiel mit dem „call for input“ am 25. November 2005.¹¹³ Die Vorschläge der Kommission, mit denen die öffentlichen Konsultation über den künftigen Rechtsrahmen eingeleitet wurde, erschienen Ende Juni 2006.¹¹⁴ Die für das erste Halbjahr 2007 vorgesehene Vorlage von Legislativvorschlägen durch die Europäische Kommission ist auf Mitte November 2007 und damit auf einen Zeitpunkt nach Ablauf der deutschen Ratspräsidentschaft verschoben worden.¹¹⁵

185. Der Rechtsrahmen aus dem Jahr 2002 besteht aus fünf Richtlinien.¹¹⁶ Ziele sind die Förderung des Wettbewerbs, die Konsolidierung des Binnenmarktes für elektronische Kommunikation sowie die Wahrung der Verbraucherinteressen und Nutzerrechte. Der Konvergenz der Technologien wird insoweit Rechnung getragen, als die Märkte technologie-neutral reguliert werden. Die Definition der für die sektorspezifische Regulierung relevanten Märkte erfolgt nach den Grundsätzen des allgemeinen Wettbewerbsrechts. Der Rechtsrahmen sieht vor, dass die Märkte periodisch überprüft werden und dass Märkte aus der Regulierung fallen, wenn dort wirksamer Wettbewerb besteht. Die Märkte, die nach Auffassung der Europäischen Kommission regulierungsbedürftig sind, werden zusammen mit den Kriterien für die Definition der Märkte in einer Empfehlung der Kommission aufgeführt, die ebenfalls Gegenstand der Überprüfung ist.¹¹⁷ Eine Sonderrolle nehmen die Vorschriften zum International Roaming im Mobilfunk ein. Sie werden in Anbetracht der Besonderheiten des Marktes im Rahmen einer eigenen Verordnung geregelt.

186. Die Europäische Kommission bewertet den Rechtsrahmen aus dem Jahre 2002 positiv. Die Öffnung der Kommunikationsmärkte ab dem Jahr 1998 hat den Verbrauchern eine größere Aus-

¹¹³ European Commission, Call for Input on the forthcoming review of the EU regulatory framework for electronic communications and services including review of the Recommendation on relevant markets, Brussels, 25 November 2005.

¹¹⁴ Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen über die Überprüfung des EU-Rechtsrahmens für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, KOM(2006) 334 endg. vom 29. Juni 2006; Commission Staff Working Document on the Review of EU Regulatory Framework for electronic communications networks and services, Proposed Changes, SEC(2006) 816, Brussels, 28 June 2006; Commission Staff Working Document on the Review of EU Regulatory Framework for electronic communications networks and services, Impact Assessment, SEC(2006) 817, Brussels, 28 June 2006.

¹¹⁵ Der inoffizielle Grund für diese zeitliche Verlagerung war die fehlende Bereitschaft der Europäischen Kommission, ihre Vorschläge, die in wichtigen Punkten vermeintlich nicht mit den Vorstellungen der Bundesregierung übereinstimmen, während der deutschen Ratspräsidentschaft vorzulegen.

¹¹⁶ Richtlinien 2002/19/EG, 2002/20/EG, 2002/21/EG, 2002/22/EG und 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002, ABl. EG Nr. L 108 vom 24. April 2002, S. 7, 21, 33, 51 sowie ABl. L 201 vom 31. Juli 2002, S. 37.

¹¹⁷ 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.

wahl an besseren und neuen Produkten und Diensten zu deutlich niedrigeren Preisen gebracht. Überarbeitungsbedarf besteht vor allem bei den Verfahren im Zusammenhang mit der Definition und Analyse der zu regulierenden Märkte sowie der Auferlegung von regulatorischen Verpflichtungen. Bei den technologischen Entwicklungen erwartet die Kommission für die nächsten Jahre die vollständige Umstellung auf internetprotokollgestützte Netze, die zunehmende Nutzung drahtloser Kommunikationsnetze und Zugangsplattformen, den Glasfaserausbau der Anschlussnetze sowie den Übergang zum Digitalfernsehen. Dies wird nach Auffassung der Kommission weitreichende Auswirkungen auf die vorhandenen Netze, Dienste und Endgeräte haben und zu vielfältigen Neuerungen und innovativen Diensten führen.

187. Gestützt auf diese Einschätzung sieht die Europäische Kommission Änderungsbedarf am gegenwärtigen Rechtsrahmen vor allem bei

- der Frequenzverwaltung im Bereich der elektronischen Kommunikation sowie
- dem Beteiligungsverfahren bei der Definition und Analyse der Märkte, die für eine sektorspezifische Regulierung in Betracht kommen, und der Auferlegung regulatorischer Verpflichtungen durch die nationalen Regulierungsbehörden.

Darüber hinaus schlägt die Kommission Änderungen bei der Marktregulierung, der Wahrung von Verbraucher- und Nutzerinteressen sowie bei Sicherheitsmaßnahmen vor.

Die Monopolkommission behandelt im Folgenden die Vorschläge zur Frequenzverwaltung, zum Artikel-7-Verfahren sowie zu den Änderungen bei der Marktregulierung. Sie äußert sich darüber hinaus zu der Frage, ob und in welchem Maße es sinnvoll erscheint, die Regulierung der Kommunikationsmärkte stärker als bisher auf der Gemeinschaftsebene zu zentralisieren.

6.2 Vorschläge der EU-Kommission

6.2.1 Verbesserung der Frequenzverwaltung

188. Die schnelle technologische Entwicklung neuer mobiler Dienste und die zunehmende Konvergenz hat den Bedarf an terrestrischen Übertragungskapazitäten und damit die Bedeutung von Frequenzen als knapper Resource drastisch erhöht. Die elektronischen Kommunikationsdienste müssen das vorhandene Frequenzspektrum mit anderen Anwendungsbereichen wie dem Flug- und Seeverkehr, der Raumfahrt, der Landesverteidigung usw. teilen. Spielräume für eine Optimierung des bestehenden Frequenzspektrums ergeben sich aus der Digitalisierung des Rundfunks. Es ist Aufgabe der Politik und der Regulierung, die dabei entstehende „digitale Dividende“ für die Ziele des Gemeinwohls zu nutzen.¹¹⁸ Ziel der Frequenzregulierung ist es, Frequenzen für eine möglichst multiple Nutzung in ausreichendem Maße und möglichst zeitnah zur Verfügung zu stellen. Darüber hinaus geht es um die Gewährleistung einer möglichst störungsfreien Nutzung. Zusätzlich sind im Rahmen der Frequenzregulierung die Interessen der professionellen, militärischen, wissenschaftlichen und sicherheitsrelevanten Funkdienste sicherzustellen.

189. Um das bisherige System der Frequenzverwaltung flexibler und effizienter zu gestalten, macht die Europäische Kommission im Wesentlichen vier Vorschläge.¹¹⁹

¹¹⁸ Die Digitalisierung des Rundfunks, die im Jahr 2012 abgeschlossen sein soll, erlaubt es, das Frequenzspektrum für die Programmverbreitung effizienter zu nutzen. Der Frequenzbedarf sinkt. Ein Teil des Spektrums wird frei und kann für andere Verwendungszwecke genutzt werden.

¹¹⁹ Commission Staff Working Document, SEC(2006) 817, a. a. O., S. 11 ff.

- Die Einzelzuweisung von Frequenzen soll auf Fälle begrenzt werden, in denen eine störungsfreie Nutzung nicht auf andere Weise gewährleistet werden kann. In allen übrigen Fällen soll es stattdessen eine Allgemeinzugeweiung geben. Da die gegenseitige Beeinträchtigung von funkgestützten Diensten vermehrt durch technische Maßnahmen ausgeschlossen werden kann, nimmt die Notwendigkeit ab, dies durch die Einzelzuweisung von Frequenzspektrum zu gewährleisten.
- Ein weiteres Kernelement der Flexibilisierung ist die dienste- und technologie neutrale Frequenzvergabe. Bisher werden Frequenzen für eine bestimmte Nutzung (z.B. Mobilfunk oder Radio- und Fernsehübertragung) zugeteilt. Dies gilt sowohl für die Zuteilung im Wege der Einzelzuweisung als auch für die Allgemeingenehmigung. Zukünftig sollen die Inhaber von Frequenznutzungsrechten eine größere Freiheit haben, beliebige Dienste mit Hilfe von Technologien ihrer Wahl anzubieten.
- Als Verfahren der Frequenzzuweisung sind die traditionelle Administration, die Nutzung ohne zahlenmäßige Beschränkung sowie markt basierte Ansätze, insbesondere der Frequenzhandel, zu unterscheiden. Die Kommission schlägt vor, den Frequenzhandel zu Lasten der administrativen Vergabe zu stärken. Sie verspricht sich davon höhere Effektivität und Flexibilität bei der Nutzung und Kostenersparnisse beim Zugang zum Frequenzspektrum.
- Schließlich strebt die Kommission eine stärkere Koordinierung der frequenzpolitischen Entscheidungen an. Letztlich geht es darum, den Mitgliedstaaten in zentralen Feldern der Vergabe und des Managements von Frequenzspektrum bindende Vorgaben zu machen. Nicht zuletzt soll dazu eine „European Spectrum Agency“ geschaffen werden.

190. Die Bevorzugung von Allgemeingenehmigungen bei der Vergabe von Frequenzen ergibt sich bereits aus dem gelten europäischen und nationalen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsdienste (Art. 3 der Genehmigungsrichtlinie, § 55 Abs. 2 TKG). Daraus ergibt sich die Frage, inwiefern sich der nunmehr im Rahmen des Review gemachte Vorschlag von dem ohnehin bereits geltenden Recht unterscheidet. Die Einzelgenehmigung ist nur dann vorgesehen, wenn eine Allgemeinzugeweiung nicht möglich ist (§ 55 Abs. 3 Satz 1 TKG). Das ist insbesondere dann der Fall, wenn die Gefahr von funktechnischen Störungen anders nicht ausgeschlossen werden kann oder wenn die Einzelzuweisung zur Sicherstellung einer effizienten Frequenznutzung notwendig ist. Sofern eine Einzelgenehmigung unumgänglich ist, sollte nach Auffassung der Monopolkommission der Inhaber der Frequenzen bei der Nutzung nicht unnötig eingeschränkt werden. Zu rechtfertigen sind Einschränkungen am ehesten zur Gewährleistung von Sicherheitsstandards.

191. Eine im Zusammenhang mit der Frequenznutzung bestehende Beschränkung von Technologien und Diensten steht im Widerspruch zu der zunehmenden Konvergenz der Dienste und Technologien. Technologie neutralität bedeutet, dass den Nutzern von Frequenzen möglichst wenige Vorgaben im Hinblick auf die Übertragungstechnologien gemacht wird. Angemessen geregelt sein muss lediglich die Frage technischer Störungen und Interferenzen. Diensteneutralität heißt, dass der Frequenzinhaber entscheidet, welche Dienste er mittels seiner Nutzungsrechte anbietet. Dabei kann es zum gegenwärtigen Stand nicht darum gehen, dass es eine vollständige Freiheit beim Angebot von Diensten gibt. Vorgaben, die die Dienstefreiheit beschränken, sollen am Prinzip der Verhältnismäßigkeit gemessen werden.

192. Die Monopolkommission teilt die Auffassung, dass Frequenzhandel für eine effiziente Nutzung knapper Frequenzen sorgt und den Vorzug vor der administrativen Zuweisung erhalten sollte. Der gegenwärtige Regulierungsrahmen sieht die Möglichkeit von Frequenzhandel auch bereits vor.

Dies gilt sowohl für den europäischen Rechtsrahmen (Art. 9 Rahmenrichtlinie) als auch für den nationalen Rechtsrahmen. Gemäß § 62 Abs. 1 TKG kann die Bundesnetzagentur Frequenzbereiche für den Frequenzhandel freigeben, wenn ein entsprechendes Interesse besteht. Bisher ist es dazu noch nicht gekommen, da es entsprechende Anträge seitens der Wirtschaft nicht gibt. Vor diesem Hintergrund sollten die Entscheidungen darüber, welche Frequenzen für den Handel freigegeben werden, weiterhin zwar europäisch abgestimmt, aber national getroffen werden.

193. Eine stärkere Zentralisierung frequenzpolitischer Entscheidungen ist insbesondere für Dienste wichtig, die gemeinschaftsweit angeboten werden. Solche Dienste sind bislang aber eher die Ausnahme. Da zentrale administrative Verfahren oftmals langwierig und wenig flexibel sind, sprechen zum gegenwärtigen Zeitpunkt die Argumente eher gegen eine stärkere Zentralisierung der Frequenzpolitik. Stattdessen sollten die Mitgliedstaaten zunächst einmal die Möglichkeit haben, eigene Erfahrungen mit der Ausgestaltung etwa des Frequenzhandels zu sammeln. Um die Voraussetzungen für die Entwicklung paneuropäischer Dienste zu schaffen, reicht es gegenwärtig aus, dass die Verfahren, mit denen auf der nationalen Ebene Frequenzen zugeteilt werden, transparent und beteiligungsoffen sind, wie es die Europäische Kommission ja auch vorschlägt. Im deutschen Recht ist dieser Grundsatz bereits insoweit verwirklicht, als § 61 Abs. 1 TKG im Rahmen von Frequenzvergabeverfahren die Anhörung der betroffenen Kreise und die Veröffentlichung der Entscheidung vorschreibt.

194. Ablehnend steht die Monopolkommission zum jetzigen Zeitpunkt der Vorstellung von Medienkommissarin Vivian Reding gegenüber, eine „European Spectrum Agency“ zu schaffen.¹²⁰ Dagegen spricht, dass die Koordinierung der nationalen Frequenzpolitiken bislang in hinreichend effizienter Weise in den dafür vorgesehenen Gremien, etwa der Europäischen Konferenz der Verwaltungen für Post und Telekommunikation (Conférence Européenne des Administrations des Postes et des Télécommunications, CEPT) oder des Electronic Communications Committee (ECC) erfolgt. Es gibt auch keine Hinweise darauf, dass die dort erarbeiteten Vorschläge national nicht beachtet werden.

6.2.2 Weiterentwicklung des Beteiligungsverfahrens

195. Art. 7 Rahmenrichtlinie¹²¹ regelt das Verfahren, mit dem die nationalen Regulierungsbehörden und die Europäische Kommission für die notwendige Transparenz und eine kohärente Anwendung des europäischen Rechtsrahmens sorgen. Danach stellt eine nationale Regulierungsbehörde den anderen nationalen Regulierungsbehörden und der Europäischen Kommission die Entwürfe ihrer Entscheidungen zur Festlegung der relevanten Märkte, zur Feststellung von beträchtlicher Marktmacht und zur Auferlegung von Verpflichtungen zur Kommentierung zur Verfügung. Der betroffene nationale Regulierer trägt bei der Festlegung der endgültigen Entscheidungen den Stellungnahmen der anderen nationalen Regulierungsbehörden und der Europäischen Kommission weitestgehend Rechnung. Bei der Festlegung der relevanten Märkte und der Feststellung von beträchtlicher Marktmacht hat die Europäische Kommission ein Vetorecht für den Fall, dass ernsthafte Zweifel an der Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht und den in Art. 8 der Rahmenrichtlinie formulierten politischen Zielen und regulatorischen Grundsätzen des Rechtsrahmens bestehen.

¹²⁰ Viviane Reding, The Review 2006 of EU Telecom rules: Strengthening Competition and Completing the Internal Market, Speech/06/422, Annual Meeting BITKOM, Brussels, 27 June 2006, S. 5.

¹²¹ Vgl. Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie), ABl. EG Nr. L 108 vom 24. April 2002, S. 33.

196. Der in Art. 7 Rahmenrichtlinie verankerte Konsultationsmechanismus wird von der Europäischen Kommission insgesamt positiv beurteilt.¹²² Er habe zu einer konsequenteren Regulierung geführt, indem diese strikt auf diejenigen Märkte begrenzt werde, auf denen ein andauerndes Marktversagen besteht. Vereinheitlicht wurde die Regulierung nach den Feststellungen der Kommission bei der Abgrenzung der für die Regulierung relevanten Märkte und bei der Feststellung des Bestehens oder der Abwesenheit von beträchtlicher Marktmacht. Deutlich weniger Übereinstimmung der nationalen Regulierungsentscheidungen gibt es dagegen bei den Abhilfemaßnahmen. Solche Inkonsistenzen haben nach Auffassung der Kommission erhebliche Auswirkungen auf den Binnenmarkt. Sie schlägt daher vor, das Vetorecht, welches bisher auf die Abgrenzung der relevanten Märkte und die Feststellung beträchtlicher Marktmacht beschränkt ist, auf die Abhilfemaßnahmen auszudehnen. Alternativ dazu sieht Kommissarin Reding die Konstituierung einer europäischen Regulierungsbehörde als effektivste Maßnahme zur Schaffung eines Level Playing Field an.¹²³ Eine solche Behörde könnte nach dem Vorbild der Europäischen Zentralbank oder der US-amerikanischen Federal Communications Commission organisiert sein.¹²⁴ Ende 2006 hat Kommissarin Reding einen weiteren alternativen Vorschlag gemacht. Statt die Kompetenzen der EU-Kommission zu stärken, könnte die stärkere Zentralisierung der Regulierung dadurch erreicht werden, dass die European Regulators Group mit Kompetenzen und Durchgriffsrechten auf die nationalen Regulierungsbehörden ausgestattet wird („enhanced ERG“). In die Diskussion gebracht wurden zwei Optionen. Erstens eine Stärkung der Beratungsfunktion der ERG, ohne dass die ERG selber bindende Entscheidungen fällen kann. In diesem Fall bliebe die rechtliche und politische Verantwortung bei der Europäischen Kommission. Zweitens die Übertragung von Entscheidungsbefugnissen auf die ERG. Diese könnte dann sowohl gegenüber nationalen Regulierungsbehörden als auch gegenüber Marktteilnehmern verbindliche Entscheidungen im Zusammenhang mit dem Artikel-7-Verfahren treffen. Dazu müsste die ERG institutionell um eine Exekutiveinheit erweitert werden.¹²⁵ Die ERG selber steht einer solchen Ausweitung ihrer Kompetenzen skeptisch gegenüber.

197. Das Konsultationsverfahren soll darüber hinaus rationalisiert werden. Der durch das Marktüberprüfungsverfahren verursachte Verwaltungsaufwand soll insgesamt verringert werden. So könne für eine Reihe festzulegender Fallkategorien ein vereinfachtes Verfahren vorgesehen werden. Um ein vereinfachtes Verfahren zu gewährleisten, soll kurzfristig die Verfahrensempfehlung angepasst werden. Langfristig gehe es darum, dass alle Elemente des Artikel-7-Verfahrens, die bisher an verschiedenen Stellen des Rechtsrahmens geregelt sind, in einer Vorschrift zusammenzufassen. Dabei sollen auch zeitliche Vorgaben für die einzelnen Verfahrensschritte gemacht werden.

6.2.2.1 Ausweitung der Vetobefugnisse der EU-Kommission

198. Die Ausweitung des Vetorechts auf die Abhilfemaßnahmen ist nach Meinung der Europäischen Kommission notwendig, um eine größere Harmonisierung der Regulierung und die Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen auf dem gemeinsamen Markt zu erreichen. Zwar würden von

¹²² Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen zur Überprüfung der Märkte entsprechend nach dem Rechtsrahmen der EU, Zur Konsolidierung des Binnenmarktes für elektronische Kommunikation, KOM(2006) 28 vom 6. Februar 2006.

¹²³ Vgl. Viviane Reding, a.a.O., S. 7.

¹²⁴ Commission Staff Working Document, SEC(2006) 817 a.a.O., S. 19 f.

¹²⁵ Schreiben von Vivian Reding an die ERG vom 30. November 2006; Antwort der ERG an Frau Reding vom 27. Februar 2007, dokumentiert wird der Schriftwechsel auf der Homepage der Generaldirektion Informationsgesellschaft, http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomms/info_centre/documentation/com_erg_discussion/index_en.htm

den nationalen Regulierungsbehörden in vergleichbaren Fällen von Marktversagen im Allgemeinen auch vergleichbare Abhilfemaßnahmen auferlegt. Die Einzelheiten und die Umsetzung der Maßnahmen unterschieden sich jedoch bei den Mitgliedstaaten erheblich. Ein Beispiel liefere etwa die Frage der Kostenorientierung im Rahmen der Entgeltregulierung. So werden die Mobilfunkterminierungsentgelte (Markt 16) in einem Mitgliedsland auf der Basis eines Kostenmaßstabs reguliert, während in anderen Ländern – zum Beispiel in Deutschland – ein Vergleichsmarktkonzept angewendet wird. Dies erschwert nach Auffassung der Europäischen Kommission die Herausbildung gemeinsamer Märkte. Nicht vorgesehen ist, dass die Kommission den nationalen Regulierungsbehörden konkret vorschreiben kann, welche Abhilfemaßnahmen im Einzelfall aufzuerlegen sind. Die Kommission will sich aber vorbehalten, Vorschläge für geeignete Maßnahmen zu unterbreiten.

199. Die Monopolkommission steht einer Ausweitung der Vetobefugnisse auf die Regulierungsmaßnahmen skeptisch gegenüber. Bereits die Problemanalyse der EU-Kommission fußt auf schwankendem Grund. Der Behauptung einer mangelnden Konsistenz bei der Auferlegung von Abhilfemaßnahmen widerspricht eine empirische Studie des Wissenschaftlichen Instituts für Kommunikationsdienste (WIK).¹²⁶ Darin wird bei der Regulierung von Vorleistungen eine zunehmende Vereinheitlichung der auferlegten Abhilfemaßnahmen festgestellt. Dies spricht nach Auffassung der Autoren dafür, dass eine Konsistenz der Regulierung auch unter dem gegenwärtigen Regulierungsrahmen erreicht wird. Bei der Regulierung von Endkundenmärkten zeigt sich allerdings eine stärkere Differenzierung der Maßnahmen. Diese sind nach den Feststellungen der Studie zum einen Teil den Besonderheiten auf den nationalen Märkten geschuldet, zu einem anderen Teil darauf zurückzuführen, dass die Entscheidung in dem einen Land wesentlich früher als in einem anderen Land gefallen ist. In der Zwischenzeit hat sich der Wettbewerb auf diesem Endkundenmarkt aufgrund der Vorleistungsregulierung weiterentwickelt. Das zeitliche Auseinanderfallen der Regulierung führt dann dazu, dass ein anderes Instrumentenbündel als in dem Vergleichsland angemessen ist.¹²⁷ Dieser Befund spricht nach Auffassung der Monopolkommission nicht dafür, dass die unterschiedlichen Maßnahmenbündel ein Problem der Regulierung sind, sondern vielmehr dafür, dass sie eine Antwort auf die zu verzeichnenden Unterschiede bei der Wettbewerbsentwicklung in den nationalen Märkten sind.

200. Im Übrigen hat die EU-Kommission auch ohne das Vetorecht Einfluss auf die Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörden über Abhilfemaßnahmen. Sie hat das Recht, die Entscheidungsentwürfe zu kommentieren. Die nationalen Regulierungsbehörden müssen diese Stellungnahmen weitestgehend berücksichtigen. Es gibt keinen Anlass, davon auszugehen, dass dies systematisch nicht geschieht.

201. Eines der Ziele des Richtlinienpaketes aus dem Jahre 2002 bestand darin, für eine stärkere Flexibilisierung der Regulierung zu sorgen. Den nationalen Regulierungsbehörden wurde ein breites Ermessen bei der Auswahl der Instrumente eingeräumt, um flexibel auf die Besonderheiten der nationalen Märkte abstellen zu können. Die Einführung eines Vetos für die Kommission würde diese Flexibilität in Frage stellen. Mit Hinweis auf die Konsistenz von Regulierungsentscheidungen droht eine europaweite Vereinheitlichung bei der Anwendung von Abhilfemaßnahmen, bei der die Berücksichtigung der nationalen Besonderheiten auf den zumeist weiterhin noch nationalen Märkten auf der Strecke bleibt.

¹²⁶ Kiesewetter, W., Marktanalyse und Abhilfemaßnahmen nach dem EU-Regulierungsrahmen im Ländervergleich, WIK Diskussionsbeiträge Nr. 288, Februar 2007.

¹²⁷ Vgl. ebenda, S. 15.

202. Vorstellbar ist für die Monopolkommission ein auf die Abhilfemaßnahmen bezogenes Vetorecht der EU-Kommission bei Märkten mit erheblichen zwischenstaatlichen externen Effekten, wie dem Markt für International Roaming.¹²⁸ Vorstellbar ist außerdem ein auf bestimmte Länder beschränktes Vetorecht, etwa wenn neue Mitgliedstaaten dies ausdrücklich wünschen. Ein solches Recht könnte für einen Übergangszeitraum eingeräumt werden. Vorstellbar wäre zudem die Ausweitung der Vetobefugnisse auf die Abhilfemaßnahmen im Rahmen einer Neugestaltung des Beteiligungsverfahrens. So schlagen Haucap/Holznagel/Kühling/Vogelsang in einem Gutachten für das Bundeswirtschaftsministerium eine Deregulierungsbefugnis im Wege einer „Einbahnstraßenkompetenz“ vor. Danach soll die EU-Kommission ein Veto in Bezug auf Marktdefinition, Marktanalyse und Abhilfemaßnahmen immer dann besitzen, wenn nationale Regulierungsbehörden die Eingriffsintensität in einem Markt erhöhen oder gleich belassen. Dafür entfallen sämtliche Vetorechte der Kommission, wenn die Eingriffsintensität in einem Markt verringert wird. Die Kommission sollte darüber hinaus Vetorechte auf allen drei Stufen des Verfahrens bei Märkten mit signifikanten externen Effekten haben.

6.2.2.2 Zentralisierung der Regulierung

203. Es gibt Argumente, die für eine weitergehende Zentralisierung der Regulierung sprechen, und Argumente, die dagegen sprechen. Aus Sicht der Monopolkommission überwiegen derzeit die Argumente gegen die Einrichtung einer europäischen Regulierungsbehörde mit umfassender Zuständigkeit und gegen die Ausweitung der Kompetenzen der ERG. Maßgeblich für diese Einschätzung ist, dass die überwiegende Mehrzahl der Telekommunikationsdienste weiterhin auf nationalen Märkten gehandelt wird. Die Zentralisierung der Regulierung ist dort sinnvoll, wo die Telekommunikationsdienste grenzüberschreitend angeboten werden.

204. Gegen die Zentralisierung der Regulierung auf der europäischen Ebene sprechen die Vorteile der dezentralen Regulierung. Ein nationaler Regulierer hat Vorteile bei der Informationsbeschaffung und damit bei der Analyse nationaler Märkte. Eine dezentrale Regulierung kann in einem weitest stärkeren Maße an den Besonderheiten nationaler Märkte, wie etwa der unterschiedlichen Entwicklung von alternativen Infrastrukturen (Festnetz, Kabelnetze, Mobilfunknetze), ausgerichtet werden. Ebenso spricht die national zum Teil sehr unterschiedliche Entwicklung des Wettbewerbs auf den Telekommunikationsmärkten für eine eher differenzierte Regulierung. Ein zusätzliches Gewicht bekommen diese Argumente durch die Erweiterung der Gemeinschaft. Mit dem Beitritt neuer Mitgliedstaaten haben die Unterschiede bei den Ausgangsbedingungen und Marktentwicklungen eher zugenommen.

205. Gegen eine Zentralisierung der Regulierung sprechen nicht zuletzt die Effizienzgewinne aus einem Wettbewerb der Regulierungssysteme. Die Grundidee eines Wettbewerbs der Regulierungssysteme besteht darin, dass sich bei Unsicherheit über die Wirkungen von Regulierung herausstellt, welche Art und Form der Regulierung in einer bestimmten Entwicklungsphase des Telekommunikationswettbewerbs effizient und welche weniger effizient ist. Zentralisierung von Regulierung würde bedeuten, auf den Ideenwettbewerb der nationalen Regulierer unter Berücksichtigung nationaler Besonderheiten bei den Wettbewerbsentwicklungen zu verzichten.¹²⁹

¹²⁸ Vgl. dazu Tz. 25.

¹²⁹ Vgl. Haucap, J., Kühling, J., Eine effiziente vertikale Verteilung der Exekutivkompetenzen bei der Regulierung von Telekommunikationsmärkten in Europa, in: Zeitschrift für Wirtschaftspolitik, Jg. 55, 2006, S. 324-356, 344.

206. Eine Zentralisierung der Regulierung kommt dann in Betracht, wenn regulatorische Entscheidungen in einem Mitgliedstaat Auswirkungen auf die Wohlfahrt der Bürger in einem anderen Mitgliedstaat haben. In diesem Fall liegen externe Effekte der Regulierung vor. Ein Beispiel dafür ist das International Roaming. Von überhöhten Roamingentgelten profitieren inländische Mobilfunkanbieter und indirekt über die Quersubventionierung von Gesprächsgebühren und Endgeräten auch inländische Verbraucher. Belastet werden ausländische Nutzer, die im Inland mobil telefonieren. Umgekehrt profitieren ausländische Nutzer von einer strengen Regulierung der Roamingentgelte im Inland. Externe Effekte der Regulierung treten allerdings nur bei international handelbaren Gütern auf. Für die Telekommunikation fehlt damit gegenwärtig weitgehend die Relevanz, da – mit Ausnahme des International Roaming – kaum Telekommunikationsdienste international handelbar sind.

207. Für eine zentrale Regulierung sprechen gegebenenfalls Größenvorteile auf Seiten der Bürokratie und die Einsparung von Transaktionskosten bei den Unternehmen. Diese treten dann auf, wenn anstelle von 27 nationalen Regulierungsbehörden nur noch eine Behörde entscheidet und die Unternehmen sich anstatt an mehrere Behörden lediglich an eine wenden müssen (One-Stop-Shop). Die bisherigen Vorschläge der Kommission laufen allerdings nicht darauf hinaus, die nationalen Regulierungsbehörden überflüssig zu machen. Größenvorteile können auch durch Erfahrungsaustausch und eine Koordinierung der Entscheidungen erreicht werden. Dies geschieht bereits mit Erfolg im Rahmen der European Regulators Group.

208. Das wichtigste Argument für eine Zentralisierung der Regulierungsentscheidungen ist, dass nationale Regulierer unter dem Einfluss von Politik und Interessengruppen den nationalen Incumbent bevorzugen. In einer solchen Situation ist es rational und effizient, die Entscheidungsbefugnisse auf weniger abhängige Institutionen auf einer höheren Ebene zu übertragen. Der Branchenverband VATM sieht für Deutschland die Gefahr einer „regulierungsökonomisch nicht gerechtfertigten Privilegierung nationaler Champions“ und fordert ein Veto- und ein Gestaltungsrecht der EU-Kommission bei den Abhilfemaßnahmen.¹³⁰ Die Monopolkommission sieht diese Gefahr für Deutschland heute nicht mehr in gleichem Maße wie früher. Eine Bevorzugung des Incumbent ginge nicht nur zu Lasten der Wettbewerber, sondern vor allem zu Lasten der Verbraucher, die dann nicht mehr von den Vorteilen der Liberalisierung und Wettbewerbsintensivierung profitieren könnten. Es ist durchaus vorstellbar, dass es solche Interessenkollisionen zu Anfang der Liberalisierung auch in Deutschland und in den anderen etablierten Staaten der Gemeinschaft gegeben hat und vielleicht heute noch bei den neuen Mitgliedern gibt. Für die etablierten Mitgliedstaaten dürfte dieses Problem allerdings zehn Jahre nach der Marktöffnung an Bedeutung verloren haben.

209. Gegen die zwischenzeitlich von der Europäischen Kommission aufgebrachte Idee, Regulierungskompetenzen auf die European Regulators Group zu übertragen, spricht vor allem, dass die ERG kein Organ der Gemeinschaft ist. Damit stellt sich sowohl die Frage nach der Ausgestaltung eines effektiven Rechtsschutzes bei Entscheidungen der ERG als auch nach der parlamentarisch-exekutiven Kontrolle. Für ein Tätigwerden der Europäischen Kommission gibt es ein etabliertes Rechtsschutzsystem. Für die ERG gibt es das nicht. Die Übertragung von Regulierungskompetenzen auf die ERG würde demnach die Entwicklung eines eigenständigen Rechtsschutzmechanismus erforderlich machen. Fraglich ist zudem, ob und gegebenenfalls wie die ERG in das europäische System einer parlamentarisch legitimierten Verwaltung eingebunden ist. Die ERG geht in ihrer heu-

¹³⁰ Stellungnahme des VATM zur Vorbereitung dieses Sondergutachtens der Monopolkommission vom 30. Mai 2007, S. 5 f.

tigen Form auf einen Beschluss der Europäischen Kommission zurück.¹³¹ Sie besteht aus den nationalen Regulierungsbehörden und soll die Kommission als beratendes Organ unterstützen. Daneben ist sie ein Koordinierungs- und Abstimmungsgremium für die nationalen Regulierungsbehörden. Da die ERG bislang keinerlei Entscheidungskompetenzen hat, unterliegt sie keiner Fach- oder Dienstaufsicht. In der bisherigen Diskussion um die Übertragung von Kompetenzen auf die ERG ist offen geblieben, wie diese Lücke gefüllt werden soll.

210. Der jüngste Vorschlag zur Zentralisierung der Regulierung geht dahin, eine „European Electronic Communications Market Authority“ einzurichten.¹³² Sie soll nach dem Vorbild der Europäischen Zentralbank organisiert sein und durch ein Executive Board kontrolliert werden, dem die Präsidenten der nationalen Regulierungsbehörden angehören. Diese bestimmen aus ihrer Mitte den Executive Director, der dem Executive Board vorsitzt, die Institution leitet und diese rechtlich vertritt. Die Europäische Kommission will einen Vertreter ohne Stimmrecht in das Executive Board schicken. Die Aufgabe der Authority soll im Wesentlichen darin bestehen, die Europäische Kommission und die nationalen Regulierungsbehörden bei Fragen der Regulierung zu beraten und zu unterstützen. So soll die Institution unter anderem bei Artikel-7-Verfahren auf Nachfrage der Kommission innerhalb von vier Wochen eine Stellungnahme abgeben. Nationale Regulierungsbehörden sollen unterstützt werden, wenn diese einen Markt nicht innerhalb einer bestimmten Zeit analysiert haben. Darüber hinaus berät die Authority die Europäische Kommission bei der Identifizierung transnationaler Telekommunikationsmärkte und soll ein Register über die Nutzung von Frequenzen in den Mitgliedstaaten aufbauen. Weiterhin ist geplant, dass sie jährlich einen Bericht über die Entwicklungen innerhalb des Sektors für elektronische Kommunikationsdienste vorlegt, der die Barrieren identifiziert, die einem einheitlichen Markt für Kommunikationsdienste entgegenstehen.

211. Mit der Idee einer European Electronic Communications Market Authority vermeidet die Europäische Kommission zwar auf den ersten Blick Unzulänglichkeiten bisheriger Vorschläge zur Zentralisierung der Regulierung, wie die fehlende Unabhängigkeit und die fehlende parlamentarische Kontrolle der Regulierungsinstanz. Gleichwohl bleiben Unklarheiten im Hinblick darauf, wie die regulatorischen Zuständigkeiten zwischen der Authority, der Europäischen Kommission und den nationalen Regulierungsbehörden letztendlich abgegrenzt werden sollen. Offenbar soll die Institution zunächst keine eigenständigen Regulierungszuständigkeiten besitzen. Offen bleibt die Frage, welche Bedeutung die Stellungnahmen und Analysen der Authority für die Entscheidungsfindung der eigentlichen Regulierungsinstanzen Europäische Kommission und nationale Regulierungsbehörden haben sollen.

6.2.2.3 Rationalisierung des Beteiligungsverfahrens

212. Das Artikel-7-Verfahren sieht vor, dass die nationalen Regulierungsbehörden alle drei Schritte – Marktabgrenzung, Marktanalyse und Abhilfemaßnahmen – bei sämtlichen für die Regulierung in Betracht kommenden Märkten bei der EU-Kommission notifizieren müssen. Die anderen nationa-

¹³¹ Beschluss der Kommission vom 29. Juli 2002 zur Errichtung der Gruppe Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, 2002/627/EG, ABl. EG Nr. L 200 vom 30. Juli 2002, S. 38; geändert durch: Beschluss der Kommission vom 14. September 2004 zur Änderung des Beschlusses 2002/627/EG zur Errichtung der Gruppe Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienst, ABl. EG Nr. L 293 vom 16. September 2004, S. 30.

¹³² Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the European Electronic Communications Market Authority (presented by the Commission), COM(2007) 699 rev 2, veröffentlicht am 13. November 2007 auf der Homepage der Generaldirektion Informationswirtschaft der Europäischen Kommission.

len Regulierungsbehörden sind zu konsultieren. Das Verfahren wird nahezu durchgängig als zu zeitaufwändig und bürokratisch kritisiert. Die Kommission schlägt nun vor, den durch das Verfahren verursachten Verwaltungsaufwand zu reduzieren und die Mitteilungsanforderungen für Entwürfe zur Marktabgrenzung und Marktanalyse zu vereinfachen. Im Wesentlichen geht es darum, die Mitteilungsanforderungen bei „glasklaren“ Fällen herunterzuschrauben und sich auf die weniger eindeutigen Fälle zu konzentrieren. Dabei sollen die Verfahren unter anderem dadurch verkürzt werden, dass eine einheitliche Notifizierung für alle drei Schritte eingeführt wird. Um ein solches vereinfachtes Verfahren zu gewährleisten, soll kurzfristig die Verfahrensempfehlung angepasst werden. Langfristig geht es darum, alle Elemente des Artikel-7-Verfahrens, die bisher an verschiedenen Stellen des Rechtsrahmens geregelt sind, in einer Vorschrift zusammenzufassen. Dabei sollen auch zeitliche Vorgaben für die einzelnen Verfahrensschritte gemacht werden.

213. Die Monopolkommission begrüßt diese Vorschläge. Die Verringerung der Mitteilungsanforderungen wird dazu beitragen, die Verfahren zu beschleunigen. Dasselbe gilt für die Einführung zeitlicher Vorgaben für die einzelnen Verfahrensschritte. Nach Auffassung der Monopolkommission sollten zudem die obligatorischen Beteiligungsrechte der jeweils anderen nationalen Regulierungsbehörden überdacht werden.¹³³ Bisher haben diese zwar nicht zu einer Verlängerung der Verfahren beigetragen. Dies aber nicht deshalb, weil sie besonders effizient ausgeübt, sondern vielmehr, weil sie so gut wie nie ausgeübt werden. Vermutlich würde es ausreichen, wenn das Konsultationserfordernis auf Märkte mit erheblichen zwischenstaatlichen externen Effekten begrenzt würde.

214. Die Monopolkommission hat bereits in ihrem letzten Sondergutachten zur Telekommunikation für eine Zusammenfassung der Schritte Marktdefinition, Marktanalyse und Auferlegung von Abhilfemaßnahmen plädiert.¹³⁴ Insoweit sollten auch alle drei Verfahrensschritte einheitlich notifiziert werden. Ausdrücklich hingewiesen sei aber darauf, dass damit keine Ausweitung der Vetorechte der EU-Kommission auf die Abhilfemaßnahmen verbunden ist. Die in diesem Zusammenhang diskutierte Gefahr eines „strategischen Veto“, bei dem die Kommission ihre Vetomöglichkeit bei der Marktanalyse nutzt, um eine Regulierungsmaßnahme zu blockieren, sollte nach Auffassung der Monopolkommission nicht überbewertet werden. Ein Abweichen von der Regel der einheitlichen Notifizierung sollte aber möglich sein.

6.2.3 Funktionale Separierung

215. Nach den Plänen der EU-Kommission soll die funktionale Separierung als ein zusätzliches Instrument der Regulierung in die Zugangsrichtlinie aufgenommen werden.¹³⁵ Danach können nationale Regulierungsbehörden einem vertikal integrierten Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auferlegen, das Zugangsnetz ganz oder teilweise in ein funktional getrenntes separates Unternehmen innerhalb des Konzernverbundes auszugliedern. Der Netzzugang wird von diesem Unternehmen als Vorleistungsprodukt gegenüber den Wettbewerbern und dem Incumbent diskriminierungsfrei vermarktet. Nach Auffassung der Europäischen Kommission führt funktionale Separierung zu

¹³³ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 43, a.a.O., Tz. 243.

¹³⁴ Ebenda.

¹³⁵ Eingefügt in die Zugangsrichtlinie werden soll ein neuer Art. 13a; vgl. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directives 2002/21/EC on a common regulatory framework for electronic communications networks and services, 2002/19/EC on access to, and interconnection of, electronic communications networks and services, and 2002/20/EC on the authorisation of electronic communications networks and services, COM(2007) 697 final, Brussels, 13 November 2007.

mehr Wettbewerb auf den nachgelagerten Endkundenmärkten, weil es in signifikanter Weise die Anreize zur Diskriminierung verringert. Nationale Regulierungsbehörden sollen die Verpflichtung in Ausnahmefällen verhängen können, wenn keine oder nur geringe Aussichten auf Infrastrukturwettbewerb bestehen und es mit anderen Instrumenten nicht gelingt, das Diskriminierungsverbot in einer effizienten Weise durchzusetzen.

216. Als Modell für die funktionale Separierung dient offensichtlich Openreach, die ausgegliederte Netzbetriebsgesellschaft der British Telecom Group (BT). Openreach wurde zu Beginn des Jahres 2006 aufgrund von Vereinbarungen zwischen der britischen Regulierungsbehörde Ofcom und BT gegründet. Ofcom hatte BT mit der Zerschlagung gedroht, da es Wettbewerber beim Netzzugang diskriminiere. BT hatte daraufhin einer Separierung ihres lokalen Netzbetriebs zugestimmt. Die BT Group besteht seitdem aus den vier Konzernbereichen BT Global Services, Openreach, BT Wholesale und BT Retail. Openreach betreibt und vermarktet das lokale Zugangnetz der BT, bleibt allerdings weiterhin vollständig im Eigentum der BT. Openreach verfügt über ein eigenes Management mit eigenen Incentiveregeln. Es gibt keine operationalen oder Management-Zusammenhänge mit den übrigen Gesellschaften der BT Group. Ziel der Ausgliederung ist es, den Wettbewerbern den diskriminierungsfreien Zugang zu dem lokalen Netz der BT – „equivalence of access“ – zu verschaffen.

217. Eine Parallele findet sich in der Verpflichtung zur funktionalen Separierung in der Energiewirtschaft. Die Gemeinschaft hat hier im Jahr 2003 die Verpflichtung zum Unbundling eingeführt.¹³⁶ Im deutschen Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) sind diese Vorgaben in der Form einer rechtlichen, operationellen, informellen und buchhalterischen Entflechtung (§§ 6 bis 10 EnWG) umgesetzt.¹³⁷ Im September 2007 hat die Europäische Kommission zudem eine eigentumsrechtliche Entflechtung oder alternativ dazu den unabhängigen Netzbetreiber (Independent System Operator) vorgeschlagen.¹³⁸ Gegenwärtig ist noch nicht deutlich, wie die für den Telekommunikationsbereich vorgeschlagene funktionale Separierung im Detail ausgestaltet werden soll. Die Zielsetzung besteht jedenfalls in der Durchsetzung des Diskriminierungsverbotes beim Netzzugang, der Verhinderung von Quersubventionen und letztlich der Förderung des Wettbewerbs auf den nachgelagerten Endkundenmärkten.

218. Die Monopolkommission steht dem Vorschlag, die funktionale Separierung als Instrument der Telekommunikationsregulierung einzuführen, skeptisch gegenüber. Dies vor allem, weil sie keine Notwendigkeit sieht, in einem fortgeschrittenen Stadium der Wettbewerbsentwicklung auf den Märkten der Telekommunikation ein solch restriktives Instrument der Regulierung neu einzuführen. Vorauszusetzen wäre, dass die bisherige Regulierung der Zugangsmärkte fehlgeschlagen ist oder fehlzuschlagen droht. Dafür gibt es nach Auffassung der Monopolkommission aber keine Anzeichen. Dagegen spricht bereits, dass die Wettbewerbsentwicklung auf den Endkundenmärkten der Telekommunikation in der Gemeinschaft so weit fortgeschritten ist, dass der größte Teil der Endkundenmärkte inzwischen aus der sektorspezifischen Regulierung entlassen werden soll.

¹³⁶ Vgl. Elektrizitätsrichtlinie 2003/54/EG, ABl. EU Nr. L 176 vom 15. Juli 2003, S. 37; Gasrichtlinie 2003/55/EG, ABl. EU Nr. L 176 vom 15. Juli 2003, S. 57.

¹³⁷ Vgl. Monopolkommission, Strom und Gas 2007: Wettbewerbsdefizite und zögerliche Regulierung, Sondergutachten 49, Bonn, November 2007, Tz. 230 ff. und 466 ff.

¹³⁸ Vgl. ebenda, Tz. 601 ff.

219. Die funktionale Separierung kann vor allem zu Beginn der Liberalisierung eines Sektors mit ausgeprägter Monopolresistenz der Infrastruktur sinnvoll sein. Daher beurteilt die Monopolkommission die bestehenden Entflechtungsbestimmungen des Energiewirtschaftsgesetzes für die Bereiche Strom und Gas grundsätzlich positiv.¹³⁹ Sie hatte sich auch zu Beginn der Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte in Deutschland für eine vertikale Desintegration der DTAG in Form der Ausgliederung des Breitbandkabelnetzes ausgesprochen.¹⁴⁰ Ziel dieser Separierung, die vor allem als eigentumsrechtliche Entflechtung Sinn gemacht hätte, war es, das Substitutionspotential des Breitbandkabelnetzes auf der sog. letzten Meile zu erschließen. Aus der damaligen Perspektive war der Umstand, dass die DTAG mit dem Telefonnetz und dem Fernseekabelnetz die beiden einzigen ausgebauten festen Zugangsinfrastrukturen in einer Hand vereinte, ein wesentlicher Hemmschuh für die Entwicklung des Wettbewerbs in der Telekommunikation. Hinzu kam, dass eine eigentumsrechtliche Entflechtung seinerzeit rechtlich weniger problematisch gewesen wäre, da sich die DTAG noch vollständig im Eigentum des Bundes befand.

220. In einem fortgeschrittenen Stadium der Wettbewerbsentwicklung mit einem bereits ausgeprägten Wettbewerb auf den Endkundenmärkten und einem zunehmenden Wettbewerb der Infrastrukturen kann die strukturelle Separierung vor allem als freiwillige Maßnahme des regulierten Unternehmens dazu beitragen, die Regulierung der Endkundenmärkte überflüssig werden zu lassen. So hatte die Monopolkommission in ihrem zweiten Sondergutachten gemäß § 81 Abs. 2 TKG 1996 vorgeschlagen, dass die DTAG die seinerzeit bereits wettbewerbliche Fernnetzebene von der noch weitgehend monopolistisch geprägten Ortsnetz- und Teilnehmeranschlussebene aufgrund eigener Initiative strukturell trennt, um dadurch der präventiven Regulierung der Fernnetzebene zu entgehen.¹⁴¹

221. Vorteilhaft ist die funktionale Separierung insbesondere dann, wenn es gelingt, die Anreizstrukturen der Netzbetriebsgesellschaft insoweit zu verändern, dass nicht mehr die bloße Zulieferung von Netzdiensten für das vertikal integrierte Unternehmen, sondern die wertschöpfende Bereitstellung von Netzzugangsleistungen für sämtliche Nachfrager im Vordergrund steht. Dazu ist es unabdingbar, dass neben die gesellschaftsrechtliche Ausgliederung die Eigenverantwortlichkeit des Netzbetriebs inklusive einer klaren Trennung der personellen Ressourcen tritt. Zu gewährleisten ist darüber hinaus, dass der Netzbetreiber wirtschaftlich sensible Informationen auch gegenüber dem Mutterkonzern vertraulich behandelt. Gleichwohl werden die Anreize zur Diskriminierung nicht vollständig entfallen, wenn die Netzbetriebsgesellschaft im Eigentum des vertikal integrierten Incumbent verbleibt.

222. Nachteilig wiederum wirkt, dass eine funktionale Separierung die vorhandenen Verbundvorteile der Integration zunichte machen kann. Das kann zumindest vorübergehend Auswirkungen auf die Kosten des Netzbetriebs und damit die Kosten des Netzzugangs haben. Schwerer noch wiegt, dass die funktionale Separierung und der diskriminierungsfreie Netzbetrieb die Anreize für alternative Anbieter mindert, in eigene Netze zu investieren. Damit wird letztlich ein dauerhafter Regulierungsbedarf konstituiert. Zu rechtfertigen wäre dies nur, wenn die Duplizierung einer Infrastruktur langfristig auszuschließen ist. Gerade dies ist aber bei der Telekommunikation – anders als bei der leitungsgebundenen Energie – nicht der Fall. Bei den Infrastrukturen der neuen Generation, den sog. Next Generation Networks (NGN), ist darüber hinaus unklar, wo sich Bottlenecks befinden und wo Regulierung stattfinden soll.

¹³⁹ Vgl. ebenda, Tz. 473.

¹⁴⁰ Vgl. Monopolkommission, Wettbewerbspolitik in Zeiten des Umbruchs, Hauptgutachten 1994/1995, Baden-Baden 1996, Tz. 63 f.

¹⁴¹ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 33, a.a.O., Tz. 198 ff.

6.2.4 Beschleunigung von Rechtsmitteln

223. Die Europäische Kommission bezeichnet die Aussetzung von Regulierungsentscheidungen durch nationale Gerichte im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes als eines der Hauptprobleme bei der Anwendung des Rechtsrahmens. Dem stehe Art. 4 Rahmenrichtlinie entgegen, worin es heißt, dass ein Beschluss der nationalen Regulierungsbehörden bis zum Abschluss eines Beschwerdeverfahrens in Kraft bleibt, sofern die Beschwerdeinstanz nicht anders entscheidet. Sie schlägt daher vor, die routinemäßige Aussetzung von Regulierungsentscheidungen durch nationale Gerichte dadurch zu beheben, dass auf der EU-Ebene Kriterien für die Aussetzung der Entscheidungen festgelegt werden.

224. Die Monopolkommission sieht das Problem, welches sich für die Durchsetzung von Regulierungsentscheidungen ergibt, wenn das betroffene Unternehmen sich bereits dadurch der Regulierung zumindest auf Zeit entziehen kann, indem es Rechtsmittel einlegt. Um dies zu verhindern, kann der Gesetzgeber den sofortigen Vollzug vorsehen. § 137 Abs. 1 TKG sieht vor, dass Widerspruch und Klage gegen Entscheidungen der Bundesnetzagentur keine aufschiebende Wirkung haben. Eine Aussetzung des sofortigen Vollzugs ist nur in begründeten Fällen möglich und durch das Gericht anzuordnen. Der Monopolkommission liegen keinen Anhaltspunkte dafür vor, dass die Verwaltungsgerichte in Deutschland den Vollzug von regulierungsbehördlichen Entscheidungen „routinemäßig“ – was wohl heißen soll, auch in unbegründeten Fällen – aussetzen. Im Zweifel müsste die Praxis der Gerichte einer umfassenden Überprüfung unterzogen werden.

225. Der Vorschlag der Kommission, auf EU-Ebene Kriterien für die Aussetzung des Vollzugs von Entscheidungen der Bundesnetzagentur festzulegen, wird kritisch diskutiert, weil eine Gemeinschaftszuständigkeit im Bereich des Verwaltungsverfahrensrechts umstritten ist. Problematischer als die Zuständigkeitsfrage ist allerdings, dass der Vorschlag darauf hinausläuft, ein sektorales Verwaltungsverfahrensrecht zu schaffen. Die Monopolkommission sieht hierfür kein Bedürfnis und hält eine solche Entwicklung aus systematischen Gründen für bedenklich.

6.2.5 Behandlung paneuropäischer Märkte

226. Die Entwicklung gesamteuropäischer oder auf den Binnenmarkt ausgerichteter Kommunikationsdienste scheitert oder ist mit einem zu großem Aufwand verbunden, weil die notwendigen Genehmigungen und die Nutzungsbedingungen (Rufnummern, Frequenzen) national festgelegt werden. Um dies zu ändern, schlägt die EU-Kommission vor, in einem Gemeinschaftsverfahren gemeinsame Nutzungsbedingungen und Genehmigungsregelungen zu vereinbaren. Dieser Ansatz soll allerdings nur für ausgesuchte Fälle, z.B. Satellitenkommunikationsdienste gelten. Die Durchsetzung und Überwachung der Genehmigungsinhalte soll von den Mitgliedstaaten übernommen werden.

227. Die Monopolkommission teilt die Auffassung, dass die Einführung paneuropäischer Dienste auf der Grundlage einer gemeinschaftsweiten Genehmigung erfolgen sollte. Problematisch in diesem Zusammenhang ist allerdings die Abgrenzung gemeinschaftsweiter von nationalen Märkten. Bisher fehlt es an einem Abgrenzungskonzept, welches die Identifizierung paneuropäischer Märkte eindeutig sicherstellt. Ohne ein klares Abgrenzungskonzept besteht die Gefahr, dass solche Abgrenzungen im Zweifel eher weit ausgelegt werden. Letztlich könnte das dazu führen, eine europäische Regulierung „durch die Hintertür“ einzuführen.

6.3 Offene Fragen

6.3.1 Unklare Wettbewerbskonzeption

228. Die Monopolkommission teilt die Auffassung der Bundesregierung, dass dem jetzigen Richtlinienrecht keine schlüssige Wettbewerbskonzeption zu entnehmen ist.¹⁴² Dies betrifft das Verfahren der Marktdefinition und Marktanalyse ebenso wie die Marktabgrenzung. Diese Fragen sind letztlich entscheidend dafür, ob sich die sektorspezifische Regulierung auf „Märkte“ im Sinne des Wettbewerbsrechts oder auf „Marktbereiche“ im Sinne des Telekommunikationsrechts bezieht und wie letztlich der Übergang von der Regulierung in das allgemeine Wettbewerbsrecht erfolgt. Dieselben konzeptionellen Probleme finden sich im Übrigen im deutschen Telekommunikationsgesetz.¹⁴³ Ursächlich dafür ist allerdings der EU-Rechtsrahmen, der im Telekommunikationsgesetz 2004 umgesetzt ist. Eine Klarstellung im Hinblick auf die Wettbewerbskonzeption muss zunächst auf der Ebene des Gemeinschaftsrechts erfolgen. Der nationale Gesetzgeber hat diese dann nachzuvollziehen.

229. Im Rahmen der Marktdefinition gemäß Art. 15 Rahmenrichtlinie wird anhand des Drei-Kriterien-Tests entschieden, ob ein Markt unter die sektorspezifische Regulierung fällt. Ein Kriterium für die Regulierungsbedürftigkeit eines Marktes ist das Fehlen einer längerfristigen Tendenz zu wirksamem Wettbewerb. Konzeptionell steht damit das Problem im Raum, wie über die Regulierungsbedürftigkeit eines Marktes entschieden werden kann, ohne dass bereits die erst für die folgende Stufe vorgesehene Marktanalyse gemäß Art. 16 Rahmenrichtlinie zur Feststellung beträchtlicher Marktmacht durchgeführt wird. Konzeptionelle Probleme im Rahmen der Marktabgrenzung ergeben sich daraus, dass die Festlegung sachlich und räumlich relevanter Märkte, die für eine sektorspezifische Regulierung in Betracht kommen, in Übereinstimmung mit den Grundsätzen des Wettbewerbsrechts erfolgen soll. Ein Teil der Märkte, die nach der Empfehlung der Europäischen Kommission über relevante Produkt- und Dienstmärkte für eine Vorabregulierung in Betracht kommen, sind allerdings nicht nach den Verfahren des Wettbewerbsrechts und den dort üblichen ökonomischen Kriterien abgegrenzt, sondern sehr viel weiter. Richtigerweise spricht die Empfehlung selber bei diesen Sachverhalten von „Marktbereichen“, die aus einer Anzahl getrennter Einzelmärkte bestehen.¹⁴⁴ Konzeptionell führt dies zu der Frage, wie 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 kann.

230. Das Fehlen einer schlüssigen Wettbewerbskonzeption zeigt sich zudem auch daran, dass im geltenden Rechtsrahmen verschiedene Wettbewerbsbegriffe für unterschiedliche Sachverhalte verwendet werden, ohne dass deutlich wird, in welchem Verhältnisse die Begriffe zueinander stehen. Im Rechtsrahmen finden sich neben dem zentralen Begriff des wirksamen Wettbewerbs die Begriffe „fairer Wettbewerb“, „nachhaltiger Wettbewerb“, „effektiver Wettbewerb“ oder „langfristig gesicherter Wettbewerb“. Der zentrale Begriff des „wirksamen Wettbewerbs“ wird zudem in unterschiedlicher Weise benutzt. Zum einen ist der wirksame Wettbewerb Ziel der Regulierung, an anderen Stellen scheint er mehr im Sinne eines „Fehlens beträchtlicher Marktmacht“ verwendet zu werden. Nach Auffassung der Monopolkommission sollte der Richtliniengeber den Review dazu nutzen, die Begriffsvielfalt zu reduzieren und auf der Ebene des Rechtsrahmens eine klare Wettbewerbskonzeption zu formulieren.

¹⁴² Vgl. Stellungnahme der Bundesregierung der Bundesrepublik Deutschland zur Mitteilung der Kommission über die Überprüfung des EU-Rechtsrahmens für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, S. 6.

¹⁴³ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 43, a.a.O., Tz. 170 ff.

¹⁴⁴ Erwägungsgrund 8 der Märkteempfehlung der EU-Kommission.

231. Problematisch ist zudem, dass Regulierungsrecht und allgemeines Wettbewerbsrecht unterschiedliche Begriffe für gleiche Sachverhalte verwenden, das Wettbewerbsrecht den Begriff der Marktbeherrschung und das Regulierungsrecht den Begriff der beträchtlichen Marktmacht. Bei beiden Begriffen soll es sich nach den Leitlinien der Europäischen Kommission zur Marktanalyse und Feststellung beträchtlicher Marktmacht allerdings grundsätzlich um dasselbe handeln.¹⁴⁵ Demgemäß erfolgt die Definition der für die sektorspezifische Regulierung relevanten Märkte nach den Grundsätzen des allgemeinen Wettbewerbsrechts. Hinzu kommt, dass Telekommunikationsmärkte, die nicht (mehr) die Kriterien für die Regulierungsbedürftigkeit erfüllen, dem allgemeinen Wettbewerbsrecht unterstehen. Vor diesem Hintergrund macht es nach Auffassung der Monopolkommission keinen Sinn, bei der Telekommunikationsregulierung den Begriff der beträchtlichen Marktmacht und im Wettbewerbsrecht den der Marktbeherrschung zu verwenden. Das Nebeneinander verschiedener Begriffe kann dazu führen, dass sie sich materiell aufgrund unterschiedlicher Auslegungen in verschiedene Richtungen entwickeln. Nicht auszuschließen wäre dann, dass die telekommunikationsrechtliche Analyse eines Sachverhaltes das Bestehen von beträchtlicher Marktmacht verneint, während die wettbewerbsrechtliche Analyse Marktbeherrschung feststellt.

6.3.2 Verankerung der Regulierungskonzeption im Rechtsrahmen

232. Die Regulierungsbedürftigkeit von Telekommunikationsmärkten wird mit dem sog. Drei-Kriterien-Test festgestellt. Der sektorspezifischen Regulierung unterliegen danach Märkte, die (i) durch beträchtliche und anhaltende Marktzutrittsschranken gekennzeichnet sind, (ii) in absehbarer Zeit nicht zu wirksamem Wettbewerb tendieren und bei denen (iii) das allgemeine Wettbewerbsrecht zur Lösung des festgestellten Wettbewerbsproblems nicht ausreicht. Sind diese drei Kriterien nicht kumulativ erfüllt, ist sektorspezifisches Recht nicht anwendbar. Gegebenenfalls vorhandene Wettbewerbsprobleme sind dann mit den Mitteln des allgemeinen Wettbewerbsrechts zu bekämpfen. Mit Hilfe eines auf der EU-Ebene angewendeten Drei-Kriterien-Tests ermittelt die Kommission die Liste von Märkten, die aus ihrer Sicht für eine Vorabregulierung in Betracht kommen. Die nationalen Regulierungsbehörden sind weitestgehend an die Empfehlungen der EU-Kommission gebunden. In Deutschland wird die Regulierungsbedürftigkeit der vorgegebenen Märkte durch einen nationalen Drei-Kriterien-Test nochmals überprüft. Nach Auffassung der EU-Kommission ist das nicht zwingend.

233. Aus Sicht der Monopolkommission ist der Drei-Kriterien-Test ein schlüssiges Konzept zur Feststellung der Regulierungsbedürftigkeit von Telekommunikationsmärkten. Da das Testverfahren bisher nicht im Rechtsrahmen selber, sondern lediglich in der Empfehlung über relevante Märkte verankert ist, empfiehlt die Monopolkommission wegen dessen herausragender Bedeutung die Verankerung in den Richtlinien. Die Monopolkommission teilt zudem die Auffassung der Bundesregierung, dass der Drei-Kriterien-Test obligatorisch auch von den nationalen Regulierungsbehörden durchzuführen ist.¹⁴⁶ Erst das ermöglicht die Berücksichtigung von Besonderheiten der überwiegend nationalen Märkte, während der Test der EU-Kommission für einen repräsentativen Mitgliedstaat unter Zugrundelegung einer Durchschnittsbetrachtung erfolgt und damit notwendigerweise weniger aussagefähig ist als ein nationaler Test. Der Rechtsrahmen sollte entsprechend ergänzt werden.

¹⁴⁵ Vgl. 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, Rn. 4 f.

¹⁴⁶ Stellungnahme der Bundesregierung der Bundesrepublik Deutschland zur Mitteilung der Kommission über die Überprüfung des EU-Rechtsrahmens für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, S. 8.

6.3.3 Regulierung neuer Märkte

234. Die Fragen, ob, wann und gegebenenfalls wie neue Märkte zu regulieren sind und wie neue von alten Märkten zu unterscheiden sind, ist ein Problem, welches sich nicht nur in Deutschland, sondern in gleicher Weise in den anderen Mitgliedstaaten stellt. Es spricht einiges dafür, dass die Europäische Kommission dieses Thema im Rahmen des Review behandelt und gegebenenfalls legislativ regelt. Die bisher an unterschiedlichen Stellen innerhalb des Richtlinienpaketes zu findenden Aussagen dazu sind nicht ausreichend und zudem nicht eindeutig.¹⁴⁷ Während es in der Empfehlung über relevante Märkte heißt, dass neue und sich abzeichnende Märkte, auf denen Marktmacht aufgrund von Vorreitervorteilen bestehen, grundsätzlich nicht für eine Vorabregulierung in Betracht kommen, spricht die Rahmenrichtlinie davon, dass auf neu entstehenden Märkten keine unangemessenen Verpflichtungen auferlegt werden sollen. In den Review-Papieren wiederum bezweifelt die Europäische Kommission, dass ein zeitweiliger Regulierungsverzicht zu neuen Investitionen führen wird.¹⁴⁸ In einem Diskussionspapier der Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission zur adäquaten Anwendung von Art. 82 EGV heißt es jedoch explizit, dass es für den Erhalt von Innovationsanreizen notwendig ist, dem dominierenden Unternehmen die Möglichkeit zu geben, als Kompensation für riskante Investitionen Dritte für eine gewisse Zeit vom Zugang zu wesentlichen Einrichtungen auszuschließen.¹⁴⁹ Somit scheint es hier auch innerhalb der Europäischen Kommission keine einhellige Auffassung in dieser Frage zu geben. Der deutsche Gesetzgeber hat mit § 9a TKG eine Regelung eingeführt, die eine Regulierung neuer Märkte in Ausnahmefällen zulässt. Nach Auffassung der Europäischen Kommission verstößt dies gegen das Gemeinschaftsrecht und wird im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens angegriffen.

6.4 Revision der Märkteempfehlung

235. Gleichzeitig mit der Veröffentlichung von Vorschlägen für die Überarbeitung des Rechtsrahmens hat die EU-Kommission eine neue Märkteempfehlung erlassen.¹⁵⁰ Sie enthält eine Liste derjenigen Märkte, die aus Sicht der Kommission für eine Vorabregulierung in Betracht kommen. Statt der bisher 18 Märkte enthält die zweite Auflage der Märkteempfehlung nur noch sieben Märkte. Aus der sektorspezifischen Regulierung heraus fallen die vier Endkundenmärkte für Orts- und Inlandsgespräche an festen Standorten sowie für Auslandsgespräche an festen Standorten jeweils für Privat- und Geschäftskunden (bisherige Märkte 3 bis 6). Ebenfalls aus der Regulierung fällt der Endkundenmarkt für Mietleitungen (bisheriger Markt 7). Als einziger Endkundenmarkt weiterhin reguliert werden soll der Markt für den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten (Markt für Teilnehmeranschlüsse). In der bisherigen Empfehlung wurde hier ebenfalls zwischen Privat- und Geschäftskunden differenziert (Märkte 1 und 2). Nunmehr sollen diese Segmente in einem Markt zusammengefasst werden. Bei den Vorleistungen entfallen der Großkundenmarkt für Fernübertragungs-Segmente von Mietleitungen (bisheriger Markt 13), die Märkte für Auslands-

¹⁴⁷ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 43, a.a.O. Tz. 184.

¹⁴⁸ Vgl. Mitteilung der Kommission über die Überprüfung des EU-Rechtsrahmens für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, a.a.O., S. 6

¹⁴⁹ Vgl. European Commission, DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, Brussels, December 2005, Tz. 235.

¹⁵⁰ Commission Recommendation on relevant product and service markets within the electronic sector susceptible to ex ante regulation in accordance with Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic communications networks and services (Second edition), C(2007) 5406 rev 1, als vorläufiges Dokument veröffentlicht am 13. November 2007 auf der Homepage der Generaldirektion Informationswirtschaft der Europäischen Kommission.

Roaming in Mobilfunknetzen (bisheriger Markt 17) sowie für Rundfunkübertragungsdienste zur Bereitstellung von Sendehalten für Endnutzer (bisheriger Markt 18). Den ursprünglichen Plan, den Markt für die Anrufzustellung in einzelnen Mobilfunknetzen um die Terminierung von SMS-Mitteilungen in einzelnen Mobilfunknetzen zu ergänzen, hat die Kommission wieder fallen gelassen.

236. Die Herausnahme von Endkundenmärkten aus der sektorspezifischen Regulierung ist im Grundsatz positiv. Dieser Schritt zeigt, dass die Regulierung innerhalb der Gemeinschaft bereits zur Herausbildung von funktionsfähigem Wettbewerb geführt hat. Sollte die Wettbewerbsentwicklung in einzelnen Mitgliedstaaten noch nicht so weit vorangeschritten sein, bleibt die Möglichkeit, einen Markt, der aus der Märkteempfehlung gefallen ist, weiter zu regulieren, wenn im Rahmen eines von der nationalen Regulierungsbehörde durchgeführten Drei-Kriterien-Tests die Regulierungsbedürftigkeit festgestellt wird.

237. Aus Sicht der Monopolkommission sollte Klarheit darüber herrschen, wie bei einer Deregulierung auf Gemeinschaftsebene der Übergang in das allgemeine Wettbewerbsrecht im nationalen Recht erfolgt. Sowohl nach Gemeinschaftsrecht (Art. 8 Zugangsrichtlinie) als auch nach deutschem Recht (§ 13 Abs. 1 TKG) ist die Auferlegung, Änderung und Aufhebung regulatorischer Verpflichtungen von der Durchführung eines Marktdefinitions- und -analyseverfahrens abhängig. Daraus folgt, dass Märkte, die bisher reguliert sind und nun nicht mehr in der Märkteempfehlung enthalten sind, nicht automatisch aus der sektorspezifischen Regulierung fallen, sondern zunächst erneut im Rahmen eines Marktdefinitions- und -analyseverfahrens zu überprüfen sind. Das gilt nicht für Märkte, die bereits aufgrund einer früheren Marktanalyse als nicht mehr regulierungsbedürftig eingestuft sind, wie den Markt für Auslandsverbindungen.

238. Wenig Beachtung finden in der Empfehlung aktuelle Entwicklungen, wie die zunehmende Konvergenz von Festnetz und Mobilfunk, die Entwicklung neuer Märkte und das Thema Next Generation Networks. Die Europäische Kommission sieht hier aktuell keinen Handlungsbedarf. Da die nächste Überarbeitung der Märkteempfehlung erst in zwei Jahren beginnt, kann dies dazu führen, dass wichtige Entwicklungen, bei denen die regulatorischen Weichenstellungen frühzeitig erfolgen sollten, verpasst werden.

6.5 International Roaming

239. Die EU-Kommission hat am 12. Juli 2006 einen Vorschlag für eine sog. Roaming-Verordnung vorgelegt, in der sie eine Regulierung sowohl der Roaming-Entgelte für Großkunden als auch der Mobilfunk-Endkundenentgelte für Gespräche in das Ausland, im Ausland und aus dem Ausland in das Heimatland vorschlägt. Konkret sollten Gespräche aus einem Mitgliedstaat nach Deutschland dasselbe kosten wie ein Gespräch von Deutschland in diesen Mitgliedstaat. Für Gespräche im Ausland sollten dieselben Preise gelten wie für Gespräche in dem Mitgliedstaat, aus dem der Mobilfunkkunde kommt. Für Gespräche eines deutschen Mobilfunkkunden aus einem Mitgliedstaat in ein anderes Mitgliedsland außer Deutschland sollten die Entgelte nicht höher sein als aus Deutschland in dieses Mitgliedsland. Eingehende Gespräche im Ausland sollten grundsätzlich kostenfrei sein.

240. Diese Vorschläge der Kommission sind auf massive Kritik der Mobilfunknetzbetreiber gestoßen. Auch die Bundesregierung hat sich in ihrer Stellungnahme gegen eine Regulierung der Mobilfunk-Endkundenentgelte für Auslandsgespräche ausgesprochen, weil dies in dem von der Kommis-

sion vorgeschlagenen Rahmen zu Entgelten führen könnte, die unterhalb der Kosten des International Roaming liegen. Im Ergebnis ergäbe sich dann eine Preis-Kosten-Schere. Stattdessen schlägt die Bundesregierung vor, die Regulierung auf die Vorleistungsmärkte zu beschränken. Um sicherzustellen, dass die Absenkung der Vorleistungsentgelte auch an die Verbraucher weitergegeben wird, sollte sich nach den Vorstellungen der Bundesregierung nach einer kurzen Übergangszeit ein Endkundenentgelt für ein Gespräch aus dem Ausland innerhalb der Europäischen Union einstellen, das 50 Cent nicht mehr überschreitet. Um dies zu erreichen, sollte ein Gleitpfad als Obergrenze für die Endkundenentgelte definiert werden.

241. Unter der deutschen Ratspräsidentschaft wurde schließlich ein Kompromiss ausgehandelt, der im Mai 2007 durch das Europäische Parlament verabschiedet wurde. Die Roaming-Verordnung gibt Höchstpreise sowohl für die Entgelte, die sich die Mobilfunknetzbetreiber gegenseitig für die Netznutzung in Rechnung stellen, als auch für die Endkundenentgelte vor. Bei den Endkundenentgelten liegt die Obergrenze für aus dem Ausland abgehende Gespräche bei 0,49 EUR (plus MwSt) und soll in den nächsten zwei Jahren auf 0,43 EUR gesenkt werden. Die Obergrenze für Gespräche, die ein Kunde im Ausland annimmt, liegt bei 0,24 EUR und wird in den kommenden zwei Jahren auf 0,19 EUR fallen. Das maximale Vorleistungsentgelt beträgt 0,30 EUR und sinkt auf 0,26 EUR. Nach der Zustimmung des Parlaments trat die Verordnung am 29. Juni 2007 in Kraft. Die Umsetzung durch die Unternehmen musste innerhalb von vier Wochen erfolgen.

242. Die Einigung und schnelle Umsetzung einer Roaming-Verordnung mit konkreten Entgeltvorgaben ist aus Sicht der Verbraucher positiv. Problematisch erscheint nach Auffassung der Monopolkommission, dass die „nationalen Großkundenmärkte für Auslands-Roaming in Mobilfunknetzen“ (Markt 17 der Märkteempfehlung) losgelöst von dem bisherigen Regulierungssystem ohne eine Marktdefinition und Marktanalyse und die damit verbundenen Beteiligungsverfahren reguliert werden und dass die Regulierung hier – wiederum das System durchbrechend – zentral direkt durch den EU-Gesetzgeber erfolgt. Hierfür mag es gute Gründe geben, explizit Gegenstand von Erörterungen waren diese nicht. Da der Erlass einer Roaming-Verordnung einzelstaatliche Regulierung ersetzt, ist geplant, den bisherigen Markt 17 aus der Märkteempfehlung der Europäischen Kommission zu streichen.

7. Zusammenfassung der Einschätzungen und Empfehlungen

243. Die Märkte für Verbindungsleistungen im Festnetz sind inzwischen nachhaltig wettbewerbsorientiert. Nach der bereits vor zwei Jahren erfolgten Deregulierung des Marktes für Auslandsgespräche kann nach Auffassung der Monopolkommission jetzt auch der Endkundenmarkt für Inlandsgespräche aus der sektorspezifischen Regulierung entlassen werden. Für diesen Deregulierungsschritt spricht, dass der Wettbewerb auf den Verbindungsmärkten im Festnetz weiter zunimmt und sich zunehmend verfestigt. Deutlich zunehmend ist auch der Substitutionswettbewerb durch Internettelefonie, durch Kabelnetztelefonie und durch den Mobilfunk. Gleichzeitig wird der Wettbewerb in der Festnetztelefonie insoweit strukturell abgesichert, als ein zunehmender Anteil der Verbindungsminuten durch Anschlussnetzbetreiber erbracht wird. Die Risiken der Deregulierung sinken dadurch nachhaltig, weil Anschlussnetzbetreiber, die stärker in eigene Netze investieren, tendenziell schwieriger vom Markt zu verdrängen sind als Unternehmen mit geringeren „versunkenen Kosten“.

244. Zu einer spürbaren Belebung des Wettbewerbs kommt es auch auf dem Markt für schmalbandige Teilnehmeranschlüsse. Ende des Jahres 2007 werden knapp 19 % der Anschlüsse durch Wettbewerber bereitgestellt. Je nach Art des Anschlusses und nach Region variiert die Wettbewerbsintensität. Sie ist bei ISDN-Basisanschlüssen und in Ballungsräumen stärker, bei Analoganschlüssen und in ländlichen Räumen schwächer ausgeprägt. Ein Indiz für zunehmenden Wettbewerb ist auch die steigende Zahl von Unternehmen, die Teilnehmeranschlüsse anbieten. Tendenziell zunehmend ist der Wettbewerb durch alternative Anschlusstechnologien, vor allem durch das Kabelnetz. Gleichwohl reicht die Zunahme der Wettbewerbsintensität noch nicht aus, den Markt für Teilnehmeranschlüsse als nachhaltig wettbewerbsorientiert anzusehen. Die Regulierungsintensität auf dem Markt für Teilnehmeranschlüsse ist bereits von der Ex-ante-Regulierung auf die Ex-post-Regulierung mit einer Anzeigepflicht bei der Einführung neuer Tarife reduziert worden. Eine weitere Reduzierung der Regulierungsintensität oder die vollständige Deregulierung kommt gegenwärtig noch nicht in Betracht. Für diese Auffassung spricht, dass die DTAG auch bei einem auf gut 80 % gesunkenen Marktanteil weiterhin über eine beherrschende Marktposition verfügt. Hinzu kommt, dass ein Drittel der Haushalte wegen der noch nicht erschlossenen Hauptverteiler auch im Jahr 2007 keine Möglichkeit besitzt, zwischen verschiedenen Teilnehmernetzbetreibern zu wählen.

245. Beibehalten werden sollte die sektorspezifische Regulierung der Bündelprodukte aus Anschluss- und Verbindungsleistungen, da von Bündelprodukten spezifische Gefahren für den Wettbewerb ausgehen, wie die Gefahr von Quersubventionierungen oder Preis-Kosten-Scheren. Die Risiken für den Wettbewerb können dadurch begrenzt werden, dass die Konkurrenten Zugang zu sämtlichen Bestandteilen der Produktbündel zu Preisen haben, die einem effizienten Anbieter die Nachbildung ermöglicht.

246. Die Regulierung der Vorleistungen ist unverzichtbar, solange das Angebot der Wettbewerber auf den Endkundenmärkten nur dann bestehen kann, wenn sie auf die Infrastruktur des dominierenden Anbieters zurückgreifen können. Gegenwärtig und in absehbarer Zukunft sind die alternativen Anbieter von Telekommunikationsdiensten von Vorleistungen der DTAG abhängig. Dies gilt weiterhin ohne Einschränkungen für die Vorleistungen zur Bereitstellung von schmal- und breitbandigen Teilnehmeranschlüssen, lokale Zusammenschaltungsleistungen sowie Fakturierungs- und Inkassoleistungen. Um Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden und effiziente Infrastrukturinvestitio-

nen zu fördern, müssen im Rahmen der Ex-ante-Regulierung die Entgelte für die verschiedenen Anschlussvorleistungen entlang der Wertschöpfungskette – entbundelter Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung, Line Sharing sowie die verschiedenen Formen des Bitstrom-Zugangs – in konsistenter Weise aufeinander abgestimmt werden. Dies lässt sich letztlich nur dadurch gewährleisten, dass die alternativen Vorleistungen nach derselben Methode und demselben Kostenmaßstab reguliert werden.

247. Erstmals würdigt die Monopolkommission die Amtspraxis der Bundesnetzagentur auf der Grundlage eines gesetzlich verankerten Akteneinsichtsrechts, welches auch die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse umfasst. Im Mittelpunkt der Entscheidungspraxis stehen weiterhin die Verfahren der Marktregulierung. Bei der Wiederholungsuntersuchung des Marktes für den „Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung“ hat die Bundesnetzagentur die Entwürfe für die Marktanalyse und die Regulierungsverfügung zwar weiterhin getrennt, aber erstmals zeitgleich vorgelegt. Die Monopolkommission sieht darin eine Möglichkeit der Verfahrensbeschleunigung, die zur Regel werden sollte.

248. Fragen wirft die Regulierung des Marktes für die Anrufzustellung in einzelnen Mobilfunknetzen auf. Zunächst wollte die Bundesnetzagentur auf eine Ex-ante-Regulierung unter der Voraussetzung verzichten, dass sich die vier Mobilfunknetzbetreiber in einer gemeinsamen Vereinbarung auf einen Absenkungspfad für die Entgelte einigen. Auch wenn der Regulierungsverzicht wegen der mangelnden Kooperationsbereitschaft eines Netzbetreibers nicht Realität geworden ist, nimmt die Monopolkommission dies zum Anlass, auf die grundsätzliche Problematik einer solchen „Selbstregulierung“ hinzuweisen. Freiwillige Vereinbarungen zwischen den Unternehmen schaffen Raum für Kartellierungseffekte. Sie sind nicht nur regulierungsökonomisch problematisch, sondern verstoßen unter Umständen gegen nationales und europäisches Kartellrecht. In Fällen, in denen die Existenz von Marktmacht auf dem Endkundenmarkt gemäß § 30 Abs. 1 Nr. 1 TKG darüber entscheidet, ob die Entgelte auf dem Vorleistungsmarkt der präventiven oder der nachträglichen Entgeltregulierung unterliegen, sollte die Regulierungsbehörde ihre Feststellungen zur Marktbeherrschung auf eine aktuelle Marktuntersuchung stützen und das Ergebnis mit dem Bundeskartellamt abstimmen.

249. Der Ausbau der Anschlussnetze zur Realisierung von VDSL-Anschlüssen durch die DTAG hat zu ersten regulatorischen Konsequenzen geführt. Die Monopolkommission begrüßt, dass dem Marktführer im Hinblick auf den VDSL-Netzausbau Zugangsverpflichtungen für Kabelkanäle und unbeschaltete Glasfaser auferlegt worden sind. Die Zusammenschaltungsverpflichtung spezifiziert allerdings nicht, wo genau bei dem Kabelverzweiger (KVz) die Zusammenschaltung mit dem Netz der DTAG erfolgen soll. Eine Zusammenschaltung „am“ statt „im“ KVz erfordert die Aufstellung weiterer KVz-Gehäuse auf öffentlichen Wegen. Es besteht das Risiko, dass die dafür notwendigen Genehmigungen kommunaler Stellen nicht erteilt werden. Darüber hinaus ist es fraglich, ob die Duplizierung von KVz-Gehäusen überhaupt wünschenswert ist. Die Monopolkommission spricht sich dafür aus, die Kollokationsverpflichtung am KVz so auszugestalten, dass die Zusammenschaltung mit dem Netz der DTAG grundsätzlich „im“ KVz zu erfolgen hat. Nur in den Fällen, in denen die Zusammenschaltung im KVz-Gehäuse der DTAG aus Platzgründen scheitert, muss die Kollokation am KVz dadurch ermöglicht werden, dass Wettbewerber ihre technische Ausrüstung in einem weiteren Gehäuse unterbringen können. Wo dessen Aufstellung am Widerstand der Kommune scheitert, ist den Wettbewerbern am Hauptverteiler der Zugang zu unbeschalteter Glasfaser zu gewähren.

250. Vor dem Hintergrund der Rechtsprechung zur Anwendung von § 42 TKG schlagen die Wettbewerber vor, im Telekommunikationsgesetz eine von der Feststellung der Regulierungsbedürftigkeit unabhängige sektorspezifische Missbrauchsaufsicht zu etablieren. Die Monopolkommission lehnt das ab. Weder ist die Bundesnetzagentur die sachnähere Behörde in Bezug auf die Missbrauchsaufsicht, noch besteht die angenommene Regulierungslücke. Wird auf einem Markt trotz nicht vorhandener Regulierungsbedürftigkeit Marktbeherrschung festgestellt, kommt nationales oder europäisches Wettbewerbsrecht zur Anwendung. Zweifel bestehen auch dahingehend, dass eine Abkoppelung der Vorschriften zur besonderen Missbrauchsaufsicht von den Verfahren gemäß §§ 10 bis 12 TKG mit europäischem Telekommunikationsrecht vereinbar wäre.

251. Aktuelle Fragen der Regulierung betreffen den Übergang von Märkten der Telekommunikation in das allgemeine Wettbewerbsrecht und die regulatorische Behandlung neuer Märkte. Der zunehmende Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten bringt es mit sich, dass nach und nach Märkte aus der sektorspezifischen Regulierung zu entlassen sind. Die Deregulierung erfolgt dabei auf der Grundlage von vergleichsweise kleinteiligen ökonomischen Marktabgrenzungen. So wird der Markt für Gespräche aus dem Festnetz in ausländische Mobilfunknetze dem allgemeinem Wettbewerbsrecht unterstellt, während der Markt für Gespräche in inländische Mobilfunknetze weiterhin der sektorspezifischen Regulierung unterliegt. Die Monopolkommission steht einem solchen Übergang kritisch gegenüber, da es bei Fragen der sektorspezifischen Regulierung oder Deregulierung auch um marktübergreifende Zusammenhänge und die Kohärenz des Ordnungsrahmens für die Branche insgesamt gehen muss. Bei einer rein wettbewerbsrechtlichen Betrachtungsweise besteht dafür kaum Spielraum. Die Monopolkommission schlägt vor, den Übergang in das allgemeine Wettbewerbsrecht insoweit „bereichsweise“ zu vollziehen, als zusammenhängende Funktionsbereiche in einem Block in das allgemeine Wettbewerbsrecht überführt werden. Bei der Definition der Funktionsbereiche kann sich die Bundesnetzagentur an der Märkteempfehlung der Europäischen Kommission orientieren, die die Telekommunikationsmärkte häufig weiter abgrenzt, als dies nach wettbewerbsrechtlichen Kriterien der Fall wäre. Dabei ist darauf zu achten, dass eine an Funktionsbereichen orientierte Überführung in das allgemeine Wettbewerbsrecht nicht dazu führt, dass die Deregulierung von Teilmärkten mit Hinweis auf die Regulierungsbedürftigkeit anderer Teilmärkte unterbleibt oder verzögert wird.

252. Die im Februar 2007 erfolgte Einführung einer Vorschrift zur Regulierung neuer Märkte in das Telekommunikationsgesetz ist weniger kritisch zu sehen, als zunächst befürchtet. Materiell handelt es sich im Wesentlichen um eine Klarstellung der ohnehin geltenden Rechtslage. Im europäischen Telekommunikationsrecht werden an verschiedenen Stellen Aussagen des Typs gemacht, dass neue und neu entstehende Märkte grundsätzlich von der Regulierung auszunehmen sind, dass aber auch auf neuen Märkten ein Wettbewerbsausschluss durch das führende Unternehmen zu verhindern sei. Dem trägt § 9a TKG Rechnung, indem er neue Märkte zwar grundsätzlich von der Regulierung ausnimmt, eine solche in begründeten Ausnahmefällen aber gleichwohl zulässt. Problematisch ist allerdings, dass es weder gelingt, das grundsätzliche Problem der Unterscheidung von neuen und alten Märkten gesetzlich vorzustrukturieren, noch die Ausnahme vom Grundsatz der Regulierungsfreistellung an ein gerichtlich überprüfbares Kriterium zu knüpfen. Im Ergebnis schafft die Regelung damit Rechtsunsicherheit. Ob die gegebenenfalls verbesserten Anreizstrukturen für risikobehaftete Investitionen im Telekommunikationssektor dies mehr als kompensieren können, bleibt abzuwarten.

253. Die Frage, ob die Regelung des § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG zum Resale im Hinblick auf die Wettbewerbsentwicklung anzupassen ist, beantwortet die Monopolkommission wie vor zwei Jahren. Die Regelung selber steht nicht in Frage, da Resale gemäß Art. 12 Zugangsrichtlinie zu den Regulierungsinstrumenten gehört, die den nationalen Regulierungsbehörden zur Verfügung stehen müssen. Zweifelhaft ist bereits, ob eine wesentliche Einschränkung der Möglichkeit, Resale anzuordnen, wie dies in § 150 Abs. 5 TKG geschieht, mit der Zugangsrichtlinie vereinbar ist. Möglich ist nach Auffassung der Monopolkommission die Streichung von § 21 Abs. 5 Nr. 3 Satz 2 TKG. Hier wird geregelt, dass die Bundesnetzagentur bei der Auferlegung einer Resale-Verpflichtung „die getätigten und die zukünftigen Investitionen für innovative Dienste zu berücksichtigen“ hat. Fraglich ist, ob die Bundesnetzagentur den Wegfall der Beschränkung auf gebündeltes Resale in § 150 Abs. 5 TKG zum 30. Juni 2008 zum Anlass nehmen sollte, entbündeltes Resale als zusätzliche Verpflichtung auf dem Endkundenmarkt für Teilnehmeranschlüsse im Festnetz aufzuerlegen. Nach Auffassung der Monopolkommission überwiegen aus heutiger Sicht die Argumente, die für eine solche Verpflichtung sprechen.

254. Im Zuge der Überarbeitung des europäischen Rechtsrahmens für Kommunikationsdienste sollen unter anderem ein Vetorecht der Europäischen Kommission bei den Regulierungsmaßnahmen sowie die funktionale Separierung als Instrument der Regulierung eingeführt werden. Die Monopolkommission steht diesen Vorschlägen skeptisch gegenüber. Der europäische Rechtsrahmen aus dem Jahr 2002 räumt den nationalen Regulierungsbehörden ausdrücklich ein breites Ermessen bei der Auswahl der Instrumente ein, um möglichst flexibel auf die Besonderheiten der nationalen Märkte reagieren zu können. Ein Veto der Europäischen Kommission bei den Regulierungsmaßnahmen würde diese Flexibilität in Frage stellen. Gegen eine Ausweitung der Vetobefugnisse spricht zudem, dass die von der Kommission bemängelten nationalen Unterschiede bei den Maßnahmen weniger einen Ausdruck fehlerhafter Regulierung darstellen, als vielmehr der Unterschiedlichkeit der Wettbewerbsentwicklungen in den Mitgliedstaaten der Union geschuldet sind. Vorstellbar ist für die Monopolkommission ein auf die Abhilfemaßnahmen bezogenes Vetorecht der EU-Kommission bei Märkten mit erheblichen zwischenstaatlichen externen Effekten, wie dem Markt für International Roaming, sowie ein auf bestimmte Länder beschränktes Vetorecht, etwa wenn neue Mitgliedstaaten dies ausdrücklich wünschen. Vorstellbar wäre zudem die Ausweitung der Vetobefugnisse auf die Abhilfemaßnahmen im Rahmen einer Neugestaltung des Beteiligungsverfahrens. So könnte ein Veto in Bezug auf Marktdefinition, Marktanalyse und Abhilfemaßnahmen zulässig sein, wenn nationale Regulierungsbehörden die Eingriffsintensität in einem Markt erhöhen oder gleich belassen. Im Gegenzug würden dafür sämtliche Vetorechte der Kommission entfallen, wenn die Eingriffsintensität in einem Markt verringert wird.

255. Für die Einführung der funktionalen Separierung als zusätzlichem Instrument der sektorspezifischen Regulierung gibt es keine Notwendigkeit. Funktionale Separierung kann vor allem zu Beginn der Liberalisierung eines Sektors mit ausgeprägter Monopolresistenz der Infrastruktur sinnvoll sein, nicht jedoch in einem fortgeschrittenen Stadium der Wettbewerbsentwicklung. Nachteilig ist, dass funktionale Separierung die vorhandenen Verbundvorteile der Integration zunichte machen kann. Schwerer noch wiegt, dass die Separierung von Netzen und der diskriminierungsfreie Netzbetrieb die Anreize mindert, in alternative Netze zu investieren. Damit wird letztlich ein dauerhafter Regulierungsbedarf konstituiert. Zu rechtfertigen wäre dies nur, wenn die Duplizierung einer Infrastruktur langfristig auszuschließen ist. Gerade dies ist aber bei der Telekommunikation – anders als bei der leitungsgebundenen Energie – nicht der Fall.

256. Die Monopolkommission lehnt die Einrichtung einer europäischen Regulierungsbehörde, der „European Electronic Communications Market Authority“ zum gegenwärtigen Zeitpunkt ab. Dagegen spricht, dass ein nationaler Regulierer Vorteile bei der Informationsbeschaffung und damit bei der Analyse nationaler Märkte hat. Eine dezentrale Regulierung kann in einem weitaus stärkeren Maße an den Besonderheiten nationaler Märkte, wie etwa der unterschiedlichen Entwicklung von alternativen Infrastrukturen, ausgerichtet werden. Ebenso spricht die national zum Teil sehr unterschiedliche Entwicklung des Wettbewerbs auf den Telekommunikationsmärkten für eine eher differenzierte Regulierung. Gegen eine Zentralisierung sprechen darüber hinaus die Effizienzgewinne aus einem Wettbewerb der Regulierungssysteme. Zentralisierung von Regulierung würde bedeuten, auf den Ideenwettbewerb der nationalen Regulierer unter Berücksichtigung nationaler Besonderheiten bei den Wettbewerbsentwicklungen zu verzichten. Das wichtigste Argument für eine Zentralisierung der Regulierungsentscheidungen ist, dass nationale Regulierer unter dem Einfluss von Politik und Interessengruppen den nationalen Incumbent bevorzugen. In einer solchen Situation ist es rational und effizient, die Entscheidungsbefugnisse auf weniger abhängige Institutionen auf einer höheren Ebene zu übertragen. Es ist durchaus vorstellbar, dass es solche Interessenkollisionen zu Anfang der Liberalisierung auch in Deutschland und in den anderen etablierten Staaten der Gemeinschaft gegeben hat und vielleicht heute noch bei den neuen Mitgliedern gibt. Für die etablierten Mitgliedstaaten der Europäischen Union dürfte dieses Problem inzwischen an Bedeutung verloren haben.

257. Die zeitgleich mit den Vorschlägen für die Überarbeitung des Rechtsrahmens erlassene revidierte Empfehlung der Europäischen Kommission über relevante Produkt- und Dienstmärkte, die für eine sektorspezifische Regulierung in Betracht kommen, enthält statt bisher 18 nur noch sieben Märkte. Aus der Regulierung entlassen werden sollen vor allem Endkundenmärkte. Aus Sicht der Monopolkommission ist dieser Deregulierungsschritt im Grundsatz positiv. Er zeigt, dass die Regulierung innerhalb der Gemeinschaft bereits zur Herausbildung von funktionsfähigem Wettbewerb geführt hat. Sollte die Wettbewerbsentwicklung in einzelnen Mitgliedstaaten noch nicht so weit vorangeschritten sein, bleibt die Möglichkeit, einen Markt, der aus der Märkteempfehlung gefallen ist, weiter zu regulieren, wenn im Rahmen eines von der nationalen Regulierungsbehörde durchgeführten Drei-Kriterien-Tests die Regulierungsbedürftigkeit festgestellt wird.

Bonn, im Dezember 2007

Jürgen Basedow

Jörn Aldag

Justus Haucap

Peter-Michael Preusker

Katharina M. Trebitsch