

Prof. Dr. Hermann-Josef Bunte
Hamburg

Zusammenfassende Thesen zum Gutachten für den VATM „Marktbeherrschung und Marktabgrenzung auf Telekommunikationsmärkten“

1. Das Telekommunikationsgesetz (TKG) unterwirft marktbeherrschende Unternehmen auf dem Gebiet der Telekommunikation einer besonderen Vorabregulierung (ex-ante-Regulierung) der Entgelte. Dies ist eine Besonderheit im deutschen Wirtschaftsrecht, auch im Vergleich zur Energiewirtschaft – Gas, Elektrizität -, wo Regulierung zwar angedacht ist und angedroht wird, aber nicht realisiert ist, bzw. nachträglich erfolgt. Ziel der Regulierung ist die Herstellung funktionsfähigen Wettbewerbs zwischen dem bisherigen Monopolisten Deutsche Telekom AG (DT AG) und den sich neu auf den Märkten der Telekommunikation etablierenden Unternehmen.
2. Der Gesetzgeber des TKG hat die sogenannte ex-ante-Regulierung als notwendig angesehen, um einen funktionsfähigen Wettbewerb zu schaffen. Er vertraute also nicht auf die Kräfte eines sich selbst entfaltenden Wettbewerbs oder auf die freiwillige Zurückhaltung des bisherigen Monopolisten, sondern ging davon aus, dass dieser die ihm zur Verfügung stehenden Mittel, insbesondere des Preisdumping, der Quersubventionierung und sonstige Behinderungspraktiken, ohne Regulierung auch einsetzen werde, um die neuen Wettbewerber vom Markt fernzuhalten, und dass die neuen Unternehmen ohne Regulierung der Entgelte keine reale Wettbewerbschance gegenüber der DT AG haben. An dieser Einschätzung des Gesetzgebers hat sich bis heute nichts geändert.
3. Funktionsfähiger Wettbewerb ist strukturell gesicherter Wettbewerb, der auch dann fortbesteht, wenn die Regulierung aufgehoben wird; d.h. es ist die Entwicklung der Wettbewerbsbedingungen nach Aufhebung der Regulierung zu prognostizieren. Der Gesetzgeber des TKG hat den verfassungsrechtlichen Auftrag aus Art. 87 f GG zur Gewährleistung von Wettbewerb im Telekommunikationsbereich in § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG aufgenommen. Aus der Gewährleistung des Staates für die Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs folgt, dass der Staat auch die Investitionen der neuen Wettbewerber zu schützen hat, die diese im Vertrauen darauf getätigt haben, dass sie im Wettbewerb mit dem bisherigen Monopolisten eine Chance erhalten werden. Ist nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit anzunehmen, dass gesicherter Wettbewerb zu erwarten ist, so ist im Zweifel für den Fortbestand der Regulierung zu entscheiden. Der bisherige Monopolist muss sich also die Regulierung gefallen lassen, bis funktionsfähiger Wettbewerb sichergestellt ist. Eine zu frühe Aufhebung der Regulierung hätte für den funktionsfähigen Wettbewerb und die neuen Wettbewerber fatale Konsequenzen.

4. In der aktuellen Diskussion wird gegenüber dieser gesetzgeberischen Ausgangslage stark über die angebliche Benachteiligung der DT AG gegenüber ihren Wettbewerbern geklagt. In der Tat unterlag bisher ausschließlich die DT AG der Entgeltregulierung, weil nur sie auf den sachlich und räumlich relevanten Märkten eine beherrschende Stellung innehatte. Aus diesem Grunde besteht ein besonderes Interesse der DT AG an der Aufhebung der Regulierung.

Die DT AG steht gegenüber ihren Aktionären unter Druck und rechtfertigt negative Ergebnisse mit den Wettbewerbsnachteilen durch die Entgeltregulierung. Dies wurde von Börsenanalysten, aber auch Politikern aufgenommen. Im politischen Raum gab es zuletzt Forderungen, über die Marktabgrenzung die Voraussetzungen der Marktbeherrschung zu verneinen. Die Marktabgrenzung darf aber nicht als „Kunstgriff“ eingesetzt werden, um eine nach der Zielsetzung des TKG noch notwendige Regulierung zu reduzieren.

5. Für die von der DT AG vorgebrachten Argumente wird auch auf die Theorie der bestreitbaren Märkte verwiesen. Bestreitbare Märkte sind durch niedrige Marktzutrittsschranken gekennzeichnet. Sie setzen idealtypisch voraus, dass der Zutritt zum Markt vollkommen offen und der Marktaustritt kostenlos ist und dass die bisher im Markt auftretenden Wettbewerber nur mit einer gewissen Verzögerung auf neue Marktzutritte reagieren können.

Allerdings waren einige der zentralen Annahmen der Theorie der bestreitbaren Märkte von Beginn an im Telekommunikationsbereich nicht gegeben: Beim Aufbau von Kundenbindungen entstehen selbstverständlich versunkene Kosten. Es ist nicht plausibel, warum die DT AG bei Entfallen der Entgeltregulierung nur mit Verzögerung auf Marktzutritte mit Abwehrstrategien reagieren könnte. Das Modell der bestreitbaren Märkte entspricht aber vor allem vor dem Hintergrund der zunehmend zu beobachtenden Produktbündelungsangeboten nicht mehr den Marktrealitäten, denn newcomern ist dadurch der Marktzutritt zu den Einzelmärkten weitgehend versperrt. Diese Interdependenzen der Märkte stellen eine erhebliche Marktzutrittsschranke dar.

Der Nachteil der Theorie der bestreitbaren Märkte besteht darin, dass bereits geringfügige Abweichungen von den genannten Prämissen zu Ergebnissen führen, die mit denen des Idealmodells nur noch wenig gemeinsam haben.

6. Marktbeherrschung ist gekennzeichnet durch Handlungsspielräume, die bestimmten Unternehmen auf bestimmten Märkten zur Verfügung stehen und die nicht von Wettbewerbern hinreichend kontrolliert werden können. Dabei sah der Gesetzgeber des TKG bei Marktbeherrschung eines Unternehmens einen funktionsfähigen Wettbewerb noch nicht als gegeben an, sondern erst nach Abbau der marktbeherrschenden Stellung. Umgekehrt kann aber keineswegs angenommen werden, dass schon bei Entfallen einer marktbeherrschenden Stellung auf einem Markt funktionsfähiger Wettbewerb gegeben ist.

Zu berücksichtigen sind bei der Marktbeherrschung auch Interdependenzen zwischen benachbarten Märkten, die eine Übertragung der Marktmacht aus dem einen Bereich in den anderen Bereich ermöglichen. Z.B. können Märkte durch Tarifgestaltung, insbesondere durch sog. Optionstarife, miteinander verbunden werden. Die Kunden fragen aufgrund dieser Tarife im zunehmenden Maße Bündelprodukte nach, die

Produkte aus verschiedenen Märkten enthalten. Bei der Prüfung einer marktbeherrschenden Stellung ist dann nicht isoliert auf die Marktstellung auf dem einen Markt abzustellen, sondern die Marktmacht auf den durch Tarifgestaltung miteinander verbundenen Märkten zu prüfen.

7. Entgegen der bisher herrschenden Meinung und der von der DT AG vorgetragenen Begründung gibt es keine selbständigen Märkte für Orts- und Ferngespräche, auch nicht eigene Ortsnetzmärkte, z.B. für Berlin, Köln oder Hamburg. Auch gibt es keine selbständigen Märkte für Ferngespräche in bestimmte Zielländer, z.B. in die Türkei, nach Dänemark oder in die USA. Im Einzelfall sind zwar Ferngespräche nicht durch Ortsgespräche substituierbar, ebenso nicht Telefonate in bestimmte Zielländer durch andere. Hierauf kommt es jedoch nicht an. Hat sich der Telefonkunde für ein Bündelprodukt oder ein anderes Preselection-Angebot entschieden, wird er seine gesamten Fern- und Auslandsgespräche ausschließlich über diesen Anbieter abwickeln. Daher gibt es nur einen einheitlichen Markt für Telefonverbindungen.
8. Entgegen der Betrachtung im GWB sind Marktanteilsveränderungen, Preiswettbewerb und Marktzutritte – jedenfalls nicht in der gegenwärtigen Marktphase – keine Indizien gegen Marktbeherrschung. Auf diese Kriterien wird aber zugunsten der DT AG stets verwiesen.
 - Marktanteilsveränderungen sind in der frühen Marktphase, in der sich der Telekommunikationsbereich befindet, normal. Außerdem stagnieren die Marktanteilsverluste der DT AG seit einem Jahr. Zudem liegen die Marktanteile der DT AG in den abzugrenzenden Märkten immer noch oberhalb der Marktbeherrschungsvermutungen des GWB.
 - Der Preiswettbewerb ist kein Beleg für funktionsfähigen Wettbewerb, weil die DT AG diesen durch Optionstarife weitgehend aushebeln konnte. Außerdem hält die DT AG noch erhebliche Marktanteile. Dies spricht gerade gegen funktionsfähigen Wettbewerb.
 - Marktzutritte sind in früheren Marktphasen typisch und besagen nichts gegen noch bestehende Marktbeherrschung. Erst der längerfristige Erfolg des Marktzutritts kann etwas über das Bestehen des funktionsfähigen Wettbewerbs aussagen.
9. Fazit: Die DT AG ist auf den Märkten der Telekommunikation noch marktbeherrschend. Dies steht der Annahme eines funktionsfähigen Wettbewerbs entgegen. Eine Aufhebung der Entgeltregulierung für Teilmärkte käme zum jetzigen Zeitpunkt zu früh und hätte für den entstehenden, sich noch nicht selbsttragenden Wettbewerb fatale Konsequenzen.