

**Deregulierung der Telekommunikationsmärkte und
Überführung in das allgemeine Wettbewerbsrecht
verursachen Regelungslücken zum Nachteil des Wettbewerbs**

Gutachten erstellt im Auftrag des VATM e.V. und des BREKO e.V.

Robert Klotz

Dr. Alexandra Brandenburg

Gegenstand des Gutachtens sind aktuelle Entwicklungen hinsichtlich der Überführung von Telekommunikationsmärkten in das allgemeine Wettbewerbsrecht. Dabei ist die neue Empfehlung der EU-Kommission über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Rahmenrichtlinie für eine Vorabregulierung in Betracht kommen, von zentraler Bedeutung. Diese Empfehlung sieht eine deutliche Reduzierung der Zahl der für regulierungsbedürftig gehaltenen Märkte vor. Die daraus resultierenden Deregulierungsmaßnahmen drohen zu einer Regelungslücke auf nationaler Ebene zum Schaden des Wettbewerbs zu führen. Hierfür liegen auf einigen Vorleistungs- und Endkundenmärkten im Festnetz sowie im Mobilfunk bereits konkrete Anzeichen vor. Im Rahmen der aktuellen Reform des EU-Rechtsrahmens wie auch in der deutschen Regulierungspraxis fehlt es bislang an einer hinreichenden Berücksichtigung dieser Problematik. Das Gutachten belegt anhand konkreter Beispiele, dass eine Stärkung der nachträglichen allgemeinen Wettbewerbsaufsicht und/oder eine effizientere ex post-Regulierung der betroffenen Märkte notwendig ist und zeigt rechtspolitische Ansätze für die Umsetzung dieser Handlungsvorschläge auf.

Inhaltsübersicht

Zusammenfassung in Thesen.....	3
I. Ausgangslage.....	5
II. Neue Märkte-Empfehlung der EU-Kommission	6
1. Bedeutung der neuen Märkte-Empfehlung auf nationaler Ebene.....	6
2. Vorgaben der neuen Märkte-Empfehlung	7
3. Umsetzung durch nationale Regulierungsbehörden	8
III. Negative Auswirkungen der Deregulierung auf den Wettbewerb	10
1. Schwächen des allgemeinen Wettbewerbsrechts	10
2. Regelungslücke und Verlust von Rechtssicherheit	16
IV. Zu erwartende Regelungslücken anhand von Beispielfällen	19
1. Vorleistungsmarkt für Transitdienste im öffentlichen Festnetz (Markt Nr. 10)	19
a) Deregulierung auf EU-Ebene	20
b) Deregulierungstrend in Deutschland.....	21
c) Wettbewerbsbedrohung nach Deregulierung	24
2. Vorleistungsmarkt für Fernübertragungssegmente von Mietleitungen (Markt Nr. 14)	25
a) Deregulierung auf EU-Ebene	25
b) Deregulierungstrend in Deutschland.....	25
c) Wettbewerbsbedrohung nach Deregulierung	26
3. Vorleistungsmarkt für Zugang und Verbindungsaufbau in Mobilfunknetzen (Markt Nr. 15)	27
a) Deregulierung auf EU-Ebene	28
b) Deregulierungstrend in Deutschland.....	28
c) Wettbewerbsbedrohung nach Deregulierung	29
(1) Auskunft- und Mehrwertdienste	30
(2) Leistungen an Diensteanbieter (Resale).....	32
4. Endkundenmärkte im Festnetz (Märkte Nr. 1 bis 7)	33
a) Deregulierung auf EU-Ebene	33
b) Deregulierungstrend in Deutschland.....	33
c) Wettbewerbsbedrohung nach Deregulierung	36
(1) Betreiber(vor)auswahl.....	37
(2) Bündelprodukte und Mindestlaufzeiten	38
(3) Tarifgestaltung	40
V. Lösungsansätze zur Überbrückung der Regelungslücke.....	42
1. Verstärkung der wettbewerbsrechtlichen Missbrauchsaufsicht	43
2. Verstärkung der sektorspezifischen ex post-Regulierung	44

Zusammenfassung in Thesen:

1. Die Entlassung der Telekommunikationsmärkte aus der sektorspezifischen ex ante-Regulierung und deren Überführung in das allgemeine Wettbewerbsrecht ist von erheblicher aktueller Relevanz, wie die laufenden Deregulierungsbestrebungen auf europäischer und nationaler Ebene belegen. Die maßgeblichen Impulse hierfür gehen von der neuen Märkte-Empfehlung der EU-Kommission aus. Diese findet ihre praktische Umsetzung in den von der BNetzA eingeleiteten Marktanalyseverfahren hinsichtlich solcher Märkte, die nicht mehr Gegenstand der Märkte-Empfehlung sind.

2. Die Rückführung der sektorspezifischen Regulierung in das allgemeine Wettbewerbsrecht, d.h. das „Ob“ der Deregulierung, ist unstrittig als ein langfristig zu erreichendes Ziel anzusehen. Die sektorspezifische Regulierung sollte darauf angelegt sein, sich schrittweise selbst überflüssig zu machen. Deregulierungsmaßnahmen sind demnach nicht etwa systemfremd. Entscheidend kommt es dabei vielmehr auf das „Wie“ und, damit verbunden, auf das „Wann“ der Überführung der Märkte in das allgemeine Wettbewerbsrecht an. Erfolgt dies zu abrupt oder zu früh, sind dauerhafte Schäden für den Wettbewerb zu erwarten.

3. Die geltenden europäischen und nationalen Regelungen geben mit dem Drei-Kriterien-Test hierfür einen klaren Rahmen vor. Ist eines der Kriterien nicht (mehr) gegeben, entfällt die sektorspezifische Regulierung und das allgemeine Wettbewerbsrecht findet Anwendung. Das Gutachten zeigt auf, dass das „Wie“ der daraus folgenden Deregulierung einer besonderen Aufmerksamkeit bedarf. Es wird dargelegt, dass das allgemeine Wettbewerbsrecht an strukturelle Grenzen gerät, wenn es darum geht, bestimmte missbräuchliche Verhaltensweisen auf solchen Märkten, die den Drei-Kriterien-Test nicht mehr erfüllen, adäquat zu begegnen. Im Gutachten werden zahlreiche Beispielfälle aufgezeigt, die verdeutlichen, dass eine Entlassung bestimmter Märkte aus der sektorspezifischen Regulierung eine erhebliche Gefahr von Regelungslücken

zum Schaden des Wettbewerbs nach sich zieht. Es drohen nämlich auch weiterhin missbräuchliche Verhaltensweisen der Incumbents, die jedoch über die bestehenden Wettbewerbsregeln nicht mit hinreichender Wirksamkeit abgestellt werden können.

4. Als Lösung wird einerseits vorgeschlagen, die wettbewerbsrechtliche Missbrauchsaufsicht in materieller und prozeduraler Hinsicht zu stärken. Dies könnte etwa durch die Einführung von Sondertatbeständen und durch eine vertiefte Zusammenarbeit zwischen Wettbewerbs- und Regulierungsbehörden erreicht werden.

5. Als deutlich effizienterer Weg wird aber die Verstärkung der sektorspezifischen ex post-Regulierung eingestuft. Es wird ein Modell befürwortet, das eine schrittweise Deregulierung ermöglicht, um den in vielen Bereichen immer noch bestehenden besonderen Marktumständen im Telekommunikationssektor gerecht zu werden. Eine sektorspezifische regulatorische Zwischenstufe zwischen der ex ante-Regulierung und der wettbewerbsrechtlichen Missbrauchsaufsicht ermöglicht es der zuständigen Behörde, die konkreten Marktverhältnisse je nach Stand des tatsächlichen Wettbewerbs genau zu überwachen und im Bedarfsfall zeitnah und effizient einzugreifen.

6. Um eine derartige Kontroll- und Eingriffsdichte nach Abbau der ex ante-Regulierung zu gewährleisten, ist eine sektorspezifische nachträgliche Missbrauchsaufsicht durch die nationalen Regulierungsbehörden sinnvoll und notwendig. Als Vorbild kann dazu der bereits existierende § 42 TKG dienen, der jedoch von dem Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren gemäß § 9 ff. TKG loszulösen und stattdessen an das Kriterium der Marktbeherrschung bzw. der beträchtlichen Marktmacht zu knüpfen ist.

I. Ausgangslage

Aufgrund der geänderten Empfehlung der EU-Kommission über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors (neue Märkte-Empfehlung)¹, die aufgrund der Rahmenrichtlinie² für eine Vorabregulierung in Betracht kommen, erfolgt zunehmend eine Überführung bislang regulierter Telekommunikationsmärkte in das allgemeine Wettbewerbsrecht.³ Die neue Märkte-Empfehlung sieht eine deutliche Reduzierung der Zahl der für regulierungsbedürftig gehaltenen Märkte vor. Die daraus resultierenden Deregulierungsmaßnahmen drohen zu einer Regelungslücke auf nationaler Ebene zum Schaden des Wettbewerbs zu führen.

Zeitgleich mit der Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte wurde die sektorspezifische Regulierung mit dem Ziel des Abbaus struktureller Wettbewerbsdefizite eingeführt. Die ex-ante Regulierung stellt ein scharfes Instrumentarium dar, welches zu erheblichen Eingriffen in die wirtschaftlichen Freiheiten der regulierten Unternehmen führt. Nach dem Regulierungsrecht bedarf es keiner missbräuchlichen Ausübung von Marktmacht, um Verpflichtungen und Beschränkungen wirksam werden zu lassen. Demgegenüber geht das allgemeine Wettbewerbsrecht von einem funktionierenden Wettbewerb als Normfall aus und greift mit der nachträglichen Missbrauchsaufsicht nur reaktiv bei konkret angezeigtem wettbewerbswidrigem Verhalten ein.

Die sektorspezifische Marktregulierung ist flexibel gestaltet und darauf angelegt, die betroffenen Märkte in das allgemeine Wettbewerbsrecht zu entlassen, sobald wirksamer Wettbewerb vorliegt. Dies ist in einigen Märkten bereits erfolgt.

¹ Empfehlung der Kommission vom 17.12.2007 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG für eine Vorabregulierung in Betracht kommen, ABl. EU 2007, L 344, 65.

² Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.3.2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie), ABl. EU 2002, L 108, 33.

³ Im allgemeinen Wettbewerbsrecht sind Art. 81, 82 EG bzw. §§ 1, 19, 20 GWB einschlägig.

Aufgrund der neuen Märkte-Empfehlung der EU-Kommission wird der Deregulierungstrend nunmehr deutlich verstärkt.

Im Folgenden wird zunächst die neue Märkte-Empfehlung beschrieben (II.). Sodann werden die negativen Auswirkungen der Deregulierung auf den Wettbewerb dargestellt (III.). Im Weiteren werden drohende Regelungslücken anhand praktischer Beispielfälle auf dem deutschen Markt aufgezeigt (IV.). Schließlich werden vor dem Hintergrund der laufenden Review auf EU-Ebene mögliche Lösungsansätze zur wirksamen Beseitigung dieser Regelungslücken vorgeschlagen (V.).

II. Neue Märkte-Empfehlung der EU-Kommission

Die EU-Kommission hat am 17. Dezember 2007 die neue Märkte-Empfehlung verabschiedet. Sie ersetzt die ursprüngliche Empfehlung aus dem Jahr 2003⁴ und bildet nunmehr die Grundlage für die Definition der zu regulierenden Telekommunikationsmärkte durch die nationalen Regulierungsbehörden, die diese Empfehlung weitestgehend zu berücksichtigen haben.

1. Bedeutung der neuen Märkte-Empfehlung auf nationaler Ebene

Als Rechtsakt im Sinne von Art. 249 Abs. 5 EG besitzt die Märkte-Empfehlung zwar keine originäre Rechtsverbindlichkeit. Nach der Rechtsprechung des EuGH unterliegen Empfehlungen der Kommission jedoch einer gesteigerten Berücksichtigungspflicht durch nationale Behörden und Gerichte, wenn sie Aufschluss über die Auslegung nationaler Rechtsvorschriften geben, die zur Durchführung von Gemeinschaftsrecht erlassen wurden. Gleiches gilt, wenn sie verbindliche gemeinschaftsrechtliche Vorschriften ergänzen sollen.⁵ In Art. 15 Abs. 3 Satz 1 Rahmenrichtlinie wird den Mitgliedstaaten zudem die

⁴ Empfehlung der Kommission vom 11.2.2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG für eine Vorabregulierung in Betracht kommen, ABI. EU 2003, L 114, 45.

⁵ EuGH, Urteil vom 13.12.1989, Rs. C-322/88, Grimaldi, Slg. 1989, 4407, Rz. 18.

„weitestgehende Berücksichtigung“ der Empfehlung vorgegeben. Diese Vorgabe wurde in Deutschland in § 10 Abs. 2 Satz 3 TKG umgesetzt. Das BVerwG hat festgestellt, dass § 10 Abs. 2 Satz 3 TKG eine gesetzliche Vermutung dafür darstellt, dass die in der Märkte-Empfehlung genannten Märkte in Deutschland potenziell regulierungsbedürftig sind.⁶

2. Vorgaben der neuen Märkte-Empfehlung

Die neue Märkte-Empfehlung sieht eine Reduzierung der potenziell regulierungsbedürftigen Märkte von achtzehn auf nur noch sieben Märkte vor, darunter befinden sich ein Endkundenmarkt und sechs Vorleistungsmärkte. Dieser Schritt beruht allerdings nicht auf einer konkreten Analyse der betroffenen Märkte auf nationaler Ebene, sondern vielmehr auf einer von der allgemeinen politischen Zielsetzung getragenen Durchschnittsbetrachtung für die gesamte EU. Diese sieben Märkte sind nunmehr „so bald wie möglich“ von den nationalen Regulierungsbehörden erneut zu analysieren.⁷ Besteht nach Durchführung des Drei-Kriterien-Tests weiterhin kein wirksamer Wettbewerb aufgrund beträchtlicher Marktmacht eines oder mehrerer Betreiber, so sind die bestehenden Regulierungsverpflichtungen aufrecht zu erhalten, anderenfalls sind sie abzubauen. Dieses Verfahren galt bereits unter der ursprünglichen Märkte-Empfehlung und wurde durch die neue Märkte-Empfehlung nicht geändert.

Einschneidender sind die Konsequenzen der neuen Märkte-Empfehlung dagegen für solche Märkte, die hierin nicht mehr ausdrücklich genannt werden. Hier stellt sich die grundsätzliche Frage, wie der Übergang von der ursprünglichen zur aktuellen Empfehlung zu handhaben ist. Dieser Übergang wird maßgeblich davon bestimmt, ob die Märkte bislang reguliert worden sind oder nicht. Wurden Märkte in der Vergangenheit reguliert, sind aber in der aktuellen Empfehlung nicht mehr genannt, so ist für sie dennoch eine

⁶ BVerwG, Urteil vom 2.4.2008, Az. 6 C 14.07, S. 13 des amtlichen Umdrucks.

⁷ Ziff. 1 der Märkte-Empfehlung (Fn. 1); Art. 15 Abs. 3, Art. 16 Abs. 1 Rahmenrichtlinie (Fn. 2).

Marktuntersuchung durchzuführen.⁸ Ist hinsichtlich eines weggefallenen Marktes bisher keine Regulierungsbedürftigkeit und beträchtliche Marktmacht festgestellt worden, so ist die nationale Regulierungsbehörde dagegen nicht verpflichtet, den Markt erneut zu überprüfen.⁹ Diese Vorgaben sind im TKG umgesetzt und entsprechen damit der geltenden Rechtslage, welche sich unmittelbar aus § 13 Abs. 1 TKG ergibt.

3. Umsetzung durch nationale Regulierungsbehörden

Die Herausnahme bestimmter Märkte aus der neuen Märkte-Empfehlung entspricht in vielen Fällen nicht dem Ergebnis der auf nationaler Ebene durchgeführten Marktanalysen. Bei der überwiegenden Anzahl der zuvor genannten, jetzt aber gestrichenen Märkte, wurde auf nationaler Ebene bisher gerade das Fehlen wirksamen Wettbewerbs festgestellt. Die Kommission erachtet die Streichung der elf Märkte aus der Empfehlung als Vereinfachung des regulatorischen Umfeldes für die Regulierungsbehörden und die Industrie.¹⁰ Zu diesem Zweck sollen die aus der neuen Märkte-Empfehlung entlassenen Märkte nunmehr von den Wettbewerbsbehörden mit Hilfe nachträglicher Kontrollinstrumente beaufsichtigt werden. Beabsichtigt der Regulierer jedoch, gegen den Trend der neuen Märkte-Empfehlung, einen Markt weiterhin als regulierungsbedürftig einzustufen, bedarf es dazu einer ausführlichen Begründung, warum die Voraussetzungen des Drei-Kriterien-Tests erfüllt sind.¹¹ Eine derartige Maßnahme ist zudem der EU-Kommission nach dem Art. 7-Verfahren vorzulegen und könnte somit über das Vetorecht verhindert werden. Für solche Märkte, die nicht mehr in der Empfehlung enthalten sind und auch zuvor auf nationaler Ebene nicht als regulierungsbedürftig eingestuft wurden, bedarf es seitens des Regulierers keiner erneuten Überprüfung.

⁸ Erläuterung zur Märkte-Empfehlung, sog. Explanatory Note, SEC(2007)1483 final, S. 50.

⁹ Explanatory Note (Fn. 8), S. 50.

¹⁰ Factsheet No. 9 der EU-Kommission zur TK-Review, S. 1, abrufbar unter http://ec.europa.eu/information_society/doc/factsheets/tr9-listofmarkets.pdf

¹¹ Explanatory Note (Fn. 8), S. 50.

Diese Zielvorgaben der Kommission machen deutlich, dass die Deregulierung aufgrund der neuen Märkte-Empfehlung als Regelfall anzusehen ist, wogegen die ex-ante Regulierung nicht explizit genannter Märkte die Ausnahme bleiben soll. Die Kommission ist der Auffassung, dass die sektorspezifische Regulierung den Weg zu effektivem Wettbewerb in vielen der achtzehn zuvor in der Empfehlung genannten Märkte geebnet hat und die Regulierung in diesen Märkten nunmehr zurückgenommen werden kann bzw. soll.¹² Aus diesem Grund wird der Fokus der Regulierung in Zukunft auf den Märkten liegen, in denen bisher kein ausreichender Wettbewerb gegeben ist. Dies trifft nach Auffassung der Kommission nicht auf die Endkundenmärkte zu, denn hier bestehe wirksamer Wettbewerb. Auch im Vorleistungsbereich stuft die Kommission einige Märkte nunmehr als wettbewerbsorientiert ein. Im Hinblick auf den Fortbestand der ex ante-Regulierung geht es der Kommission im Vorleistungsbereich maßgeblich um die Märkte des öffentlichen Telefonnetzes an festen Standorten und um die Breitbandmärkte.¹³

Für die nationalen Regulierungsbehörden gilt: An das Abweichen von der neuen Märkte-Empfehlung, d.h. an die Beibehaltung einer sektorspezifischen ex ante-Regulierung für nicht (mehr) genannte Märkte, werden hohe Anforderungen gestellt. Wie die Kommission betont, muss der Regulierer starke Argumente dafür liefern, dass es tatsächliche ernsthafte Wettbewerbsbehinderungen gibt, die eine weitere Regulierung rechtfertigen.¹⁴ Im Ergebnis erachtet die Kommission eine solche Konstellation vornehmlich für bestimmte neue EU-Mitgliedstaaten für bedeutsam.¹⁵

Auf nationaler Ebene sind dementsprechend erhebliche Deregulierungsmaßnahmen zu erwarten. Eine solche Entwicklung zeichnet sich in Deutschland bereits ab. Die Bundesnetzagentur (BNetzA) hat am 2. Juli 2008

¹² Factsheet No. 9 der EU-Kommission zu TK-Review (Fn. 10), S. 1.

¹³ Ebenda.

¹⁴ Ebenda.

¹⁵ Presseerklärung der Kommission IP/07/1678 vom 13.11.2007.

und am 15. Juli 2008 Konsultationsentwürfe zur Deregulierung der Endkundenmärkte Nr. 3 und 5 sowie des Vorleistungsmarktes Nr. 10 vorgelegt.¹⁶ Diese Märkte sind in der neuen Märkte-Empfehlung nicht mehr enthalten. In beiden Fällen plant die BNetzA entsprechend der neuen Märkte-Empfehlung die Rücknahme der ex ante-Regulierung. Die Entwürfe zeigen zudem deutlich, dass eine erneute Durchführung des Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens seitens der BNetzA nur noch für solche Märkte vorgenommen wird, die nicht mehr in der Märkte-Empfehlung enthalten sind, aber bisher einer ex ante-Regulierung unterlagen. Solche Märkte, die aus der Märkte-Empfehlung entfallen sind und bisher als nicht regulierungsbedürftig eingestuft wurden, lässt die Regulierungsbehörde dagegen unangetastet.¹⁷

III. Negative Auswirkungen der Deregulierung auf den Wettbewerb

Die Deregulierung führt zur Entlassung der betroffenen Märkte in das allgemeine Wettbewerbsrecht. In Deutschland sind insofern §§ 1, 19, 20 GWB sowie Artikel 81, 82 EG maßgeblich. Liegt aufgrund des Drei-Kriterien-Tests und des SMP-Tests kein Erfordernis einer sektorspezifischen Regulierung vor, entfällt nach dem geltenden TKG auch die sektorspezifische Missbrauchsaufsicht des § 42 TKG.¹⁸ Die allgemeine Missbrauchsaufsicht im Wettbewerbsrecht greift dagegen nur ein, wenn im konkreten Einzelfall Marktmechanismen infolge eines missbräuchlichen Verhaltens eines Marktbeherrschers versagen.

1. Schwächen des allgemeinen Wettbewerbsrechts

Die Wettbewerber sind auf zahlreichen Vorleistungsmärkten für den Markteintritt weiterhin auf Zugang zu Netzen und Diensten der etablierten Anbieter zu fairen und nicht diskriminierenden Bedingungen angewiesen. Auch in einigen

¹⁶ Siehe hierzu im Einzelnen unten, Abschnitte IV.1 und 4.

¹⁷ Vgl. den Konsultationsentwurf der BNetzA vom 2.7.2008, BK1-07/011, S. 8, abrufbar unter <http://www.bundesnetzagentur.de/media/archive/13879.pdf>

¹⁸ BVerwG, Urteil vom 18.4.2007, 6 C 21.06, vgl. dazu im Einzelnen Abschnitt V.

Endkundenmärkten sind die Marktmechanismen für einen wirksamen Wettbewerb noch nicht hinreichend heraus gebildet.¹⁹ Da die Stärkung des Wettbewerbs über den Drittzugang für die Incumbents zwangsläufig zu einer Verringerung ihrer Marktanteile führt, bestehen wirtschaftliche Anreize, den Wettbewerb zu verhindern, zu verzögern oder zu erschweren.

Zwar können die Wettbewerber bei derartigen Behinderungen versuchen, ihre Interessen über die allgemeine Missbrauchsaufsicht nach den wettbewerbsrechtlichen Vorschriften durchzusetzen. Dabei hat die Wettbewerbsaufsicht durchaus eindeutige Stärken, insbesondere aufgrund der erheblichen Abschreckungswirkung durch hohe Geldbußen. Es hat sich jedoch gezeigt, dass die wettbewerbsrechtliche Missbrauchsaufsicht im Vergleich zur sektorspezifischen Regulierung erhebliche strukturelle Nachteile aufweist.

Ohne die sektorspezifische Regulierung sind Zugangsansprüche zu notwendigen Vorleistungen wie Netze und Dienste frei verhandelbar ohne die Möglichkeit eines behördlichen Korrektivs. Bei der sektorspezifischen Regulierung ist das Vertragsverhältnis hingegen in vielerlei Hinsicht vordefiniert. Als Beispiel sei die Zugangsvereinbarung gemäß § 22 TKG genannt. Danach besteht für das nach § 21 TKG verpflichtete Unternehmen ein Kontrahierungszwang für die auferlegten Zugangsgewährungsverpflichtungen. Wenn die Verhandlungen über das nach § 22 TKG vorzulegende Angebot scheitern, kann nach § 25 TKG eine Zugangsanordnung seitens der BNetzA ergehen.

Im allgemeinen Wettbewerbsrecht bestehen keine vergleichbaren Eingriffsmöglichkeiten der Aufsichtsbehörde, die das Vertragsverhältnis der Parteien unmittelbar betreffen. Dies führt in der Praxis aufgrund der Größen- und Machtverhältnisse nur selten zu wirtschaftlich akzeptablen Ergebnissen. Insbesondere die Inhaber von bedeutender Infrastruktur verfügen bei derartigen Verhandlungen über ein erhebliches Potential, den Wettbewerb auf ein Mindestmaß zu reduzieren.

¹⁹ Siehe dazu im Einzelnen Abschnitt IV.

Hinzu kommt, dass die allgemeine Missbrauchsaufsicht stets einzelfallorientiert und damit nicht für flächendeckende Lösungen geeignet ist. Die Wettbewerbsbehörde untersagt lediglich eine bestimmte Verhaltensweise, woraus sich in der Regel keine präzisen Auflagen für das betroffene Unternehmen bzw. entsprechende Klarheit für die Wettbewerber ableiten lassen. Da die Wettbewerbsverfahren an keine Fristen gebunden sind, ist ein zeitnahes Eingreifen der Behörden regelmäßig nicht zu erwarten, und auch eine Verfahrenseinstellung ohne konkretes Ergebnis ist jederzeit möglich.

Entsprechend begrenzt ist die tatsächliche Fallpraxis der Wettbewerbsbehörden im Telekommunikationssektor. In den Jahren 1998 bis 2008 hat die Kommission lediglich vier Missbrauchsverfahren mit konkretem Ergebnis abgeschlossen. Sie betrafen Fälle des Preismissbrauchs nach Art. 82 EG.²⁰ Auch auf nationaler Ebene liegen bislang nur wenige wettbewerbsrechtliche Entscheidungen vor.²¹ Insbesondere das Bundeskartellamt (BKartA) ist seit Inkrafttreten des TKG im Bereich der Missbrauchsaufsicht trotz rechtlich gegebener Möglichkeit im Telekommunikationssektor nicht nennenswert tätig geworden.

Die Monopolkommission hat zu diesem Fragen kürzlich in ihrem 17. Hauptgutachten Stellung genommen.²² Eine Regelungslücke aufgrund etwaiger Defizite des allgemeinen Wettbewerbsrechts verneint sie, ebenso wie die Auffassung, dass die BNetzA die sachnähere Behörde für die Missbrauchsaufsicht auf Telekommunikationsmärkten sei und das TKG ein

²⁰ Drei Bußgeldentscheidungen gegen DTAG wegen Preis-Kosten-Schere für Ortsnetzzugang (Mai 2003), Wanadoo wegen überhöhter ADSL-Endkundenpreise (Juli 2003) und Telefónica wegen Preis-Kosten-Schere für Breitbandzugang (Juli 2007) sowie Zusagen der DTAG zur Beseitigung einer Preis-Kosten-Schere für Breitbandzugang (März 2004); vgl. hierzu *Klotz*, in: Münchener Kommentar, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, München 2007, Sonderbereiche Telekommunikation und Energie, Rz. 89 ff.

²¹ Der frz. *Conseil de la Concurrence* war insofern am aktivsten und verhängte mehrere hohe Bußgelder gegen Mobilfunk- und Festnetzbetreiber; vgl. hierzu *Klotz* (Fn 20), Rz. 79 ff, 86 ff.

²² Monopolkommission, 17. Hauptgutachten vom 9.7.2008, abrufbar unter http://www.monopolkommission.de/haupt_17/gesamtfassung_h17.pdf

effizienteres und schnelleres Eingreifen erlaube.²³ Das BKartA habe aufgrund der Vielzahl der Fälle eine höhere Sachkunde in ökonomischen Fragen und sei wegen ihrer langjährigen Amtspraxis die sachnähere Behörde für die Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen. Hinzu komme, dass das wettbewerbsrechtliche Instrumentarium im Bereich der Verhaltenskontrolle in den letzten Jahren verschärft worden sei und die Befugnisse der Wettbewerbsbehörden erweitert wurden.²⁴

Diese Argumente der Monopolkommission sind jedoch von allgemeiner ordnungspolitischer Natur und berücksichtigen nicht ausreichend die besondere gegenwärtige Konstellation bei der Überführung der bislang ex ante regulierten Telekommunikationsmärkte in das allgemeine Wettbewerbsrecht. Die Schwächen des allgemeinen Wettbewerbsrechts sind gerade in dieser speziellen Marktsituation offensichtlich.²⁵ Zwar ist nicht zu bestreiten, dass das BKartA über besondere allgemeine Sachkunde in ökonomischen Fragen und im Bereich der Missbrauchsaufsicht verfügt. Dass diese gegenüber der Expertise der BNetzA im Hinblick auf den Telekommunikationssektor vorzugswürdig sein soll, wird dagegen nicht überzeugend dargelegt. Die BNetzA behandelt und überprüft im Rahmen des Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens inzident sowohl ökonomische Fragen als auch (potenzielles) Marktmissbrauchsverhalten. Diese Amtspraxis, die sich unmittelbar auf die Telekommunikationsmärkte bezieht, befähigt die BNetzA in besonderem Maß, adäquat missbräuchliches Verhalten und dadurch verursachte Wettbewerbsverzerrungen zu verhindern bzw. abzustellen.

Des Weiteren überzeugt auch das Argument der Verbesserung der wettbewerbsrechtlichen Instrumentarien im Ergebnis nicht. Diese betreffen im Wesentlichen die Zulässigkeit positiver Abhilfemaßnahmen, den Erlass

²³ Vergleichbare Argumente finden sich bei *Möschel*, MMR 2008, S. 503, 506, der die Auffassung vertritt, dass die sektorspezifische Regulierung insgesamt nicht mehr gerechtfertigt sei.

²⁴ Monopolkommission (Fn. 22), Rz. 68 ff.

²⁵ Generelle Nachteile des Wettbewerbsrechts erkennt auch die Monopolkommission im 17. Hauptgutachten ausdrücklich an (Fn. 22), Rz. 62.

einstweiliger Maßnahmen und die private Durchsetzung des Kartellrechts.²⁶ Solche Anpassungen werden den Besonderheiten der Telekommunikationsmärkte insofern nicht hinreichend gerecht, als sie die viel restriktiveren Instrumente der besonderen Missbrauchsaufsicht im TKG nicht hinreichend nachbilden können. Dies betrifft u.a. Beweislastfragen (§ 42 Abs. 2 und 3 TKG), Entscheidungsfristen (§ 42 Abs. 4 Satz 4 TKG) und die Verhinderung von „drohendem Missbrauch“ (§ 42 Abs. 4 Satz 3 TKG). Des Weiteren sieht § 42 TKG explizit vor, dass die BNetzA dem Unternehmen ein bestimmtes Verhalten auferlegen kann (§ 42 Abs. 4 Satz 2 TKG), was im Wettbewerbsrecht nur eingeschränkt möglich ist.

Die Vorgabe einer konkreten Abhilfemaßnahme durch das BKartA gemäß § 32 Abs. 2 GWB ist stets begrenzt durch das Merkmal der Erforderlichkeit, das im Lichte des Art. 7 Abs. 1 Satz 2 Verordnung (EG) 1/2003 einer engen Auslegung bedarf.²⁷ Zudem sind zur Auferlegung effektiver Abhilfemaßnahmen marktspezifische Informationen erforderlich, über die das BKartA, anders als die BNetzA, nicht verfügt. Die BNetzA hat weitergehende Rechte hinsichtlich der Erhebung von Informationen, insbesondere aufgrund systematischer Berichtspflichten der Marktteilnehmer und einer kontinuierlichen Marktbeobachtung.²⁸ Im Gegensatz dazu erstrecken sich die Ermittlungsbefugnisse des BKartA nur auf den jeweiligen Einzelfall bei einem begründeten Anfangsverdacht zum Nachweis der Missbräuchlichkeit. Aufgrund ihres quantitativ und qualitativ höheren Informationsstands ist die BNetzA besser in der Lage, Abhilfemaßnahmen aufzuerlegen, die dem konkreten missbräuchlichen Verhalten effektiv entgegen wirken.

Schließlich ist zu beachten, dass das BKartA nicht stets verpflichtet ist, tätig zu werden, da § 32c GWB das Recht der Behörde vorsieht, unter bestimmten Voraussetzungen untätig zu bleiben. Das antragende Unternehmen hat somit

²⁶ Ebenda, Rz. 63.

²⁷ *Bechtold*, in *Bechtold*, GWB, 4. Aufl., § 32, Rz. 14.

²⁸ Vgl. *Briglauer/Ertl*, N&R 2007, S. 103, 105.

keinen Anspruch auf eine Entscheidung.²⁹ Dagegen wird die BNetzA gem. § 42 Abs. 4 Satz 1 und 6 TKG auf Antrag oder von Amts wegen tätig.³⁰ Dieses Antragsrecht beinhaltet nicht nur eine Anregung, sondern verpflichtet die BNetzA, tätig zu werden. Gemäß § 42 Abs. 4 S. 4 TKG soll eine Entscheidung innerhalb von 4 Monaten ergehen. Sie ist zwingend, wenn die Voraussetzungen des § 42 Abs. 1-3 TKG vorliegen.

Die beispielhaft aufgeführten verfahrensrelevanten Vorteile des Regulierungsrechts, die in § 42 TKG angelegt sind, spiegeln die Besonderheiten des Telekommunikationssektors im Hinblick auf missbräuchliches Verhalten und die Notwendigkeit des effizienten und schnellen Eingreifens seitens der Behörde wider. Indem die Monopolkommission in ihrem 17. Hauptgutachten lediglich abstrakt die verschiedenen Eingriffsinstitute miteinander vergleicht, verkennt sie solche entscheidenden Komponenten eines effektiven sektorspezifischen Missbrauchsrechts, welches das allgemeine Missbrauchsrecht nicht gewährleisten kann.

Die allgemeine Wettbewerbsaufsicht ist typischerweise nicht in der Lage, Missbräuche direkt im Entstehen zu verhindern. Vielmehr bestehen regelmäßig Verzögerungen, die den Schaden potenziell vergrößern, so dass in den dynamischen Telekommunikationsmärkten die Finanzierungs- und Expansionsmöglichkeiten der Wettbewerber verloren gehen. Dadurch entsteht die Gefahr, dass Geschäftsmodelle neuer Wettbewerber nicht realisierbar sind. Um das Ziel nachhaltigen Wettbewerbs zu erreichen, ist jedoch die Möglichkeit des Markteintritts für effiziente alternative Anbieter zwingend geboten. Investitionen in Infrastruktur sollen sowohl der Intensivierung von Wettbewerb als auch der Versorgungssicherheit mit hochwertigen Kommunikationsdiensten dienen. Um den Markteintritt und -verbleib von Wettbewerbern zu ermöglichen, gilt es, für diese gleiche Voraussetzungen bzw. Wettbewerbsbedingungen zu

²⁹ *Bechtold* (Fn. 27), § 32c, Rz. 3.

³⁰ Dies ergibt sich auch aus § 42 Abs. 4 Satz 5 TKG, wonach die Verfahrensfrist mit Antragstellung zu laufen beginnt; vgl. *Gersdorf*, in: *BerlKommTKG*, § 42, Rz.46 f.; *Neitzel*, in *Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien*, 2008, § 42, Rz. 54.

schaffen und deren Aufrechterhaltung zu gewährleisten.³¹ In diesem Fall versagt das allgemeine Wettbewerbsrecht. Dies gilt auch für schwer feststellbare Missbräuche, wie z.B. verdeckte Lieferverweigerungen aufgrund von Verzögerungen oder für häufige und wiederkehrende Missbräuche.³²

Im Ergebnis fehlen der allgemeinen Wettbewerbsaufsicht demnach die gebotene Unmittelbarkeit und Verlässlichkeit des Einschreitens, die nötige Feinabstimmung der Abhilfemaßnahmen und der vorbeugende Charakter bei drohenden Missbräuchen. Die zeitliche Komponente lässt sich anhand des kürzlich ergangenen Urteils des EuG zu einem Verstoß gegen Art. 82 EG aufgrund einer missbräuchlichen Preisgestaltung durch die DTAG in anschaulicher Weise aufzeigen.³³ Das Verfahren bei der Kommission auf Beschwerde der Wettbewerber dauerte vier Jahre und für die Entscheidung des EuG über die Klage der DTAG waren weitere fünf Jahre notwendig. Endgültige Rechtssicherheit über die betreffenden Fragen wird aufgrund der nunmehr beim EuGH anhängigen Berufung durch die DTAG erst in einigen Jahren vorliegen.³⁴

2. Regelungslücke und Verlust von Rechtssicherheit

Vor dem Hintergrund der nur unzureichend ausgeprägten Wettbewerbsaufsicht im Telekommunikationssektor bedeutet die sich abzeichnende Deregulierung der Märkte für die Wettbewerber einen erheblichen Verlust von Rechtssicherheit und es besteht die Gefahr einer Regelungslücke zum Nachteil des Wettbewerbs.

Die Kommission führt zur neuen Märkte-Empfehlung aus, dass wettbewerbsrechtliche Eingriffe gewöhnlich dann nicht ausreichen, wenn umfassende Durchsetzungsmaßnahmen zur Behebung eines Marktversagens

³¹ *Hartl*, N&R 2008, S. 106, 107.

³² *Holznagel/Vogelsang*, Weiterentwicklung der TK-Regulierung im Lichte neuer Herausforderungen und ökonomischer Erkenntnisse, in: Haucap/Kühling (Hrsg.), *Effiziente Regeln für Telekommunikationsmärkte in der Zukunft: Kartellrecht, Netzneutralität und Preis-Kosten-Scheren*, erscheint 2008, (S. 66 des zugrundeliegenden Gutachtens).

³³ EuG Urteil v. 10.4.2008 - T-271/03, hierzu *Klotz*, MMR 10/2008 (im Erscheinen).

³⁴ Vgl. dazu auch *Feiel*, in: *Festschrift für Hermann*, OZK Sonderheft 2008, S. 26, 36.

erforderlich sind, oder wenn häufig oder schnell eingegriffen werden muss.³⁵ Weiter erläutert die Kommission, dass die Vorabregulierung eine angemessene Ergänzung zum Wettbewerbsrecht darstellen kann, wenn bei einer Maßnahme zur Behebung eines Marktversagens zahlreiche Anforderungen erfüllt sein müssen, z.B. detaillierte Buchführung für Regulierungszwecke, Kostenermittlung, Überwachung der Bedingungen einschließlich technischer Parameter. Ferner kann ein häufiges oder frühzeitiges Einschreiten unerlässlich bzw. die Gewährleistung der Rechtssicherheit vorrangig sein.³⁶

Die seitens der Kommission genannten Abwägungskriterien beziehen sich insbesondere auf die dritte Voraussetzung des Drei-Kriterien-Tests, wonach die Wirksamkeit des allgemeinen Wettbewerbsrechts geprüft wird. Dies ist das entscheidende Kriterium für die Frage der Deregulierung.³⁷ Eine Regulierungsbedürftigkeit ist demnach abzulehnen, wenn das allgemeine Wettbewerbsrecht zum Abbau von Marktzutrittshindernissen (Kriterium 1) und zur Wiederherstellung von wirksamem Wettbewerb (Kriterium 2) in der Lage ist.³⁸

Diese Feststellungen der Kommission sind nicht neu und mögen theoretisch überzeugen, praktisch zeichnet sich jedoch eine Entwicklung ab, wonach diese Abwägungen im Rahmen der Deregulierungsbestrebungen nicht mehr Platz greifen. Wie bereits in Abschnitt II. 3. erörtert, werden auf nationaler Ebene durch die BNetzA aktuell mehrere Marktanalyseverfahren durchgeführt und vor dem Hintergrund der neuen Märkte-Empfehlung eine Deregulierung der Märkte angestrebt. Dabei wird deutlich, und dies deckt sich mit den konkreten Empfehlungen der Kommission in der Märkte-Empfehlung, dass das dritte Kriterium keiner Prüfung mehr bedarf. Dies beruht darauf, dass die Voraussetzungen des Drei-Kriterien-Tests kumulativ vorliegen müssen und die

³⁵ Erwägungsgrund 13 der Märkte-Empfehlung (Fn. 1).

³⁶ Explanatory Note (Fn. 8), S. 11.

³⁷ Vgl. Monopolkommission (Fn. 22), Rz. 60.

³⁸ Märkte-Empfehlung (Fn. 1), Erwägungsgrund 13 und Ziff. 2c.

Regulierungsbehörde bei Ablehnung der ersten oder zweiten Voraussetzung die dritte Voraussetzung, d.h. die Leistungsfähigkeit des Wettbewerbsrechts, im konkreten Fall nicht mehr prüfen muss. So verhält es sich bereits in den Erläuterungen zur neuen Märkte-Empfehlung, wo die Kommission bei den deregulierten Märkten eine Analyse des dritten Kriteriums regelmäßig nicht mehr vornimmt. Dasselbe zeigt sich bei den aktuellen Marktanalyseverfahren der BNetzA.³⁹

Dieses Vorgehen führt dazu, dass Märkte aus der sektorspezifischen Regulierung entlassen werden könnten, ohne dass die Behörde die Schwächen des allgemeinen Wettbewerbsrechts, bezogen auf den konkreten Markt, anhand des dritten Kriteriums betrachtet hat. Dieser Umstand ist nicht unerheblich, da es sein kann, dass Marktzutrittschranken nach dem ersten Kriterium durch die Regulierungsbehörde bejaht werden, aber aufgrund einer prognostisch festgestellten Tendenz zu wirksamem Wettbewerb nach dem zweiten Kriterium eine Regulierungsbedürftigkeit abgelehnt wird. Somit würde der Markt aus der ex ante-Regulierung entlassen, obwohl zum Zeitpunkt der Feststellung Marktzutrittschranken vorliegen und kein wirksamer Wettbewerb besteht. Ebenso würde die Frage der SMP-Stellung nicht geklärt.

Zum Zeitpunkt des dadurch verursachten Übergangs in das allgemeine Wettbewerbsrecht sind die Wettbewerbsbedingungen auf bestimmten Märkten noch keinesfalls gefestigt. Im Gegenteil: Die Gefahr der Verfestigung bestehender Marktstrukturen und irreversible Schäden zu Lasten des Wettbewerbs sind nahe liegend. In Märkten, in denen Wettbewerbskräfte unzureichend sind, hat die Regulierung solange als Substitut des Wettbewerbsrechts zu agieren, bis funktionierender Wettbewerb vorliegt. Die Aufgabe der sektorspezifischen Regulierung ist es, dafür zu sorgen, dass sich

³⁹ Konsultationsentwurf der BNetzA vom 2.7.2008 (Fn. 17), S. 53.

marktmächtige Unternehmen so verhalten, wie sie sich bei Existenz vollkommenen Wettbewerbs verhalten würden.⁴⁰

Sind die Märkte einmal aus der sektorspezifischen Regulierung entlassen, ist ein späteres Wiederaufleben der Regulierung zudem unwahrscheinlich. Dies gilt insbesondere für solche Märkte, die im Rahmen der neuen Märkte-Empfehlung nicht mehr als regulierungsbedürftig genannt sind. Erst recht sind davon solche Märkte betroffen, die weder in der neuen Märkte-Empfehlung enthalten sind, noch einer gegenwärtigen Regulierung auf nationaler Ebene unterliegen. Hinsichtlich solcher Märkte besteht keine Verpflichtung der nationalen Regulierungsbehörden, die Regulierungsbedürftigkeit erneut zu untersuchen.

IV. Zu erwartende Regelungslücken anhand von Beispielfällen

Die erhebliche Gefahr von Regelungslücken zum Nachteil des Wettbewerbs kann durch eine Reihe von Beispielfällen illustriert werden. Hierzu wird anhand mehrerer Vorleistungs- und Endkundenmärkte, die in der neuen Märkte-Empfehlung nicht mehr genannt sind, aufgezeigt, dass nach Entlassung der Märkte aus der sektorspezifischen Regulierung missbräuchliche Verhaltensweisen der Marktbeherrscher drohen, die jedoch über die bestehenden Regelungen nicht ausreichend erfasst werden können. Zwar ist auf den Vorleistungsmärkten insgesamt eine größere Gefahr für den Wettbewerb zu erkennen, jedoch besteht diese in bestimmten Fallgestaltungen auch auf den Endkundenmärkten.

1. Vorleistungsmarkt für Transitdienste im öffentlichen Festnetz (Markt Nr. 10)

Neben dem Verbindungsaufbau und der Anrufzustellung erfordert eine vollständige Gesprächsverbindung regelmäßig die Erbringung von Transitdiensten. Transitdienste fallen immer dann an, wenn die

⁴⁰ Hartl (Fn. 31), S. 107.

Verkehrsübergabe zu Zwecken der Terminierung oder der Zuführung zu Diensten nicht an der untersten Netzkopplungsstelle durchgeführt werden kann und deshalb ein Transit zu einer anderen Netzkopplungsstelle erfolgen muss. In Deutschland werden Transitdienste nicht gesondert, sondern immer im Paket mit Zuführungs- oder Terminierungsleistungen angeboten.⁴¹

a) Deregulierung auf EU-Ebene

Die Kommission erachtet Markt Nr. 10 nunmehr als nicht mehr regulierungsbedürftig und hat ihn aus der Märkte-Empfehlung gestrichen.⁴² Dies wird damit begründet, dass die ersten beiden Voraussetzungen des Drei-Kriterien-Tests nicht mehr erfüllt seien. Das Bestehen von Marktzutrittsschranken könne zwar nicht grundsätzlich ausgeschlossen werden, da der Ausbau einer parallelen Infrastruktur durch alternative Netzanbieter, insbesondere im Bereich der Fernleitungen, nicht stets derart fortgeschritten sei, dass alternative Anbieter auf Transitleistungen des Incumbents verzichten können. Jedoch geht die Kommission davon aus, dass Marktzutrittsbarrieren in Zukunft aufgrund fortschreitenden parallelen Infrastrukturausbaus wegfallen werden. Das zweite Kriterium, nach dem langfristig keine Tendenz zu wirksamem Wettbewerb gegeben sein muss, verneint die Kommission ebenfalls, weil sie davon ausgeht, dass neben den Incumbents auch alternative Netzbetreiber Transitdienste zur Verfügung stellen.⁴³ Die Kritik der European Regulators Group (ERG), dass der Umfang der Analyse zu Markt Nr. 10 im Entwurf der neuen Märkte-Empfehlung für die Feststellung, dass die drei Kriterien in der gesamten EU nicht mehr vorliegen, nicht ausreichend sei, griff die Kommission in der Explanatory Note nicht auf.⁴⁴

⁴¹ Vgl. Konsultationsentwurf der BNetzA vom 15.7.2008, BK 1-07/001, S. 28, abrufbar unter <http://www.bundesnetzagentur.de/media/archive/13966.pdf>.

⁴² Explanatory Note (Fn. 8), S. 27.

⁴³ Explanatory Note (Fn. 8), S. 27.

⁴⁴ I/ERG Opinion on the draft Recommendation on relevant markets, IRG (07) 25 vom 19.10.2007, S. 5.

b) Deregulierungstrend in Deutschland

Nach dem Ergebnis der Marktdefinition und Marktanalyse der BNetzA aus dem Jahre 2005 sind die nationalen Märkte „Transitdienste im öffentlichen Festtelefonnetz“ regulierungsbedürftig.⁴⁵ Auf diesen Märkten verfügt die DTAG über beträchtliche Marktmacht, mit Ausnahme des Marktes für Transitdienste in Verbindung mit der Terminierung von Verbindungen mit Ursprung und Ziel in Mobilfunknetzen, da Mobilfunknetzbetreiber untereinander unmittelbar zusammengeschaltet sind.⁴⁶ Für die sonstigen Transitdienstemärkte wurden der DTAG durch Regulierungsverfügungen der BNetzA Vorabverpflichtungen auferlegt. Dabei handelt es sich um die Pflichten zur Zusammenschaltung, Gleichbehandlung, Transparenz, getrennten Rechnungsführung und nachträglichen Entgeltgenehmigung.⁴⁷

Die BNetzA führt aktuell ein erneutes Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren für Markt Nr. 10 durch und veröffentlichte am 15. Juli 2008 hierzu einen Konsultationsentwurf. Die BNetzA kommt darin zu dem Ergebnis, dass eine Regulierungsbedürftigkeit nicht mehr bestehe, da bereits die ersten beiden Voraussetzungen des Drei-Kriterien-Tests nicht vorliegen.

Das Vorliegen von Marktzutrittsschranken sei nicht mehr gegeben, da die Transitstrecken bereits in weiten Teilen dupliziert worden seien und einige alternative Netzbetreiber dazu übergehen, Transitdienste für Dritte anzubieten.⁴⁸ Des Weiteren geht die BNetzA trotz der noch hohen Marktanteile der DTAG von wirksamem Wettbewerb auf den Transitmärkten aus, so dass die zweite Voraussetzung des Drei-Kriterien-Tests ebenfalls nicht vorliegt. Dabei beruft sich die BNetzA ausdrücklich auf die Wertungen der Kommission. Dementsprechend führe langfristig der zunehmende Infrastrukturausbau im Transitbereich zu einem

⁴⁵ BNetzA, Beschluss vom 5.10.2005, BK 4a-05-005/R, S. 6

⁴⁶ *Korehnke*, in: BeckKommTKG, 3. Aufl. 2006, § 11, Rz. 65.

⁴⁷ BNetzA, Beschluss vom 5.10.2005, Az. BK4-05-002/R.

⁴⁸ Konsultationsentwurf der BNetzA vom 15.7.2008 (Fn. 41), S. 87.

verstärkten Transitdienste-Angebot alternativer Anbieter, wodurch sich der Marktanteil der DTAG verringern werde.⁴⁹

Die Bejahung dieser beiden Voraussetzungen des Drei-Kriterien-Tests seitens der BNetzA ist kritisch zu betrachten. Wie die Monopolkommission in ihrem Sondergutachten vom Dezember 2007 feststellte, werden von den alternativen Netzbetreibern zwar parallele Infrastrukturen aufgebaut. Das ist seit längerem im Bereich der Fernleitungen der Fall und hat in den vergangenen Jahren als Folge der Einführung von Betreiberwahl (Call-by-Call als Einzelwahlverfahren) und Betreiberwahl (Preselection als dauerhafte Voreinstellung) bei Ortsgesprächen zunehmend auch die regionalen Verbindungsnetze erfasst.⁵⁰ Jedoch bedeutet diese Entwicklung nach Auffassung der Monopolkommission nicht zugleich, dass die Abhängigkeit der Wettbewerber von Zusammenschaltungsleistungen der DTAG nachhaltig zurückgegangen ist. Es ist zudem fraglich, ob sie in Zukunft mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zurückgehen wird.

Für einen Fortbestand der Abhängigkeit von den Transitdiensten spricht, dass die Wettbewerber der DTAG ihren Netzausbau seit dem Beginn der Liberalisierung vor allem am eigenen Bedarf orientiert haben und lediglich Überkapazitäten vermarkten.⁵¹ Ein umfassendes Angebot von Transitdiensten durch alternative Netzbetreiber an Dritte kann demnach nicht sicher bejaht werden.⁵² Zudem zeigen aktuelle Entwicklungen, dass die Bedeutung für Betreiber(vor)wahl erheblich zurückgegangen ist.⁵³ Im Jahr 2006 lagen die Verkehrsanteile der Zugangsvarianten bei Wettbewerbern im Bereich

⁴⁹ Ebenda, S. 93.

⁵⁰ Monopolkommission, Sondergutachten 50, S. 25, abrufbar unter http://www.monopolkommission.de/sg_50/text_s50.pdf.

⁵¹ Ebenda, S. 25.

⁵² Die BNetzA nennt nur wenige größere Anbieter (als B.u.G. gekennzeichnet), die derzeit Transitdienste für Dritte anbieten, vgl. Konsultationsentwurf vom 15.7.2008 (Fn. 41), S. 87 f.

⁵³ Bundesnetzagentur, Jahresbericht 2007, S. 80, abrufbar unter <http://www.bundesnetzagentur.de/media/archive/13212.pdf>

Betreiber(vor)auswahl nur noch bei 59% im Vergleich zu 72% im Vorjahr.⁵⁴ Der Rückgang der Geschäftsmodelle wird den weiteren Ausbau alternativer Verbindungsnetze durch Anbieter von Betreiber(vor)auswahl-Diensten gleichsam hemmen. Dem entsprechend bezweifelt auch die ERG im Bereich von weniger frequentierten Strecken, dass in absehbarer Zukunft ein ausreichender alternativer Infrastrukturausbau stattfinden wird. Dabei sei zu beachten, dass solche Strecken regelmäßig einen nicht unerheblichen Anteil des Gesamttransportvolumens ausmachen.⁵⁵ Es ist somit zweifelhaft, ob ein umfassender Ausbau von Infrastruktur und darauf beruhende Angebote von Transitdiensten durch alternative Anbieter, wie die BNetzA es im aktuellen Konsultationsentwurf annimmt, in absehbarer Zeit erfolgen werden.

Des Weiteren ist auch die Entstehung wirksamen Wettbewerbs fraglich, da es keine ausreichenden bzw. streckenweise gar keine alternativen Angebote für Transitdienste gibt. Wegen des erheblichen Investitionsvolumens ist bereits ungewiss, ob alternative Netzbetreiber überhaupt in der Lage sind, Transitdienste im Markt anzubieten und zur direkten Zusammenschaltung überzugehen.⁵⁶ Ferner ist zu berücksichtigen, dass ein Ausbau der alternativen Netze dann ausscheidet, wenn die Netze kein ausreichendes Verkehrsvolumen aufweisen.⁵⁷ So kam selbst die Kommission in ihrem Working Document zum Entwurf der neuen Märkte-Empfehlung noch zu dem Ergebnis, dass der Transitdienstemarkt aufgrund der Marktzutrittsschranken und des fehlenden wirksamen Wettbewerbs auch in Zukunft regulierungsbedürftig bleibt und somit nicht aus der Märkte-Empfehlung gestrichen werden sollte.⁵⁸ Auch die ERG vertritt in der Stellungnahme zum Entwurf der neuen Märkte-Empfehlung die

⁵⁴ Der Direktverkehr der Wettbewerber stieg dazu im Verhältnis von 28% im Jahr 2005 auf 41% im Jahr 2006.

⁵⁵ I/ERG Opinion (Fn. 44), S. 6.

⁵⁶ Vgl. dazu auch Entscheidung der Kommission gemäß Art. 7 Abs. 4 der Richtlinie 2002/21/EG vom 20.10.2004, K(2004)4070 endg, Rz. 19.

⁵⁷ Ebenda, dort Fn. 7.

⁵⁸ Working Doc. zum Entwurf einer überarbeiteten Märkte-Empfehlung, Sec(2006)837, S. 25.

Auffassung, dass Markt Nr. 10 weiterhin generell als regulierungsbedürftig einzustufen sei.⁵⁹

c) Wettbewerbsbedrohung nach Deregulierung

Es ist aus den vorstehend genannten Gründen davon auszugehen, dass alternative Anbieter in Deutschland weiterhin auf den Transitverkehr über die Netze der DTAG angewiesen sind. Es ist nicht zu erwarten, dass sich die Marktstellung der DTAG signifikant ändern und die Abhängigkeit der Wettbewerber von Zusammenschaltungsleistungen der DTAG nachhaltig zurückgehen wird.⁶⁰ Wenn die BNetzA der Märkte-Empfehlung der Kommission und den darin angestellten Erwägungen zur Entwicklung des Transitdienstmarkts folgt, wie sie es nunmehr mit dem Konsultationsentwurf beabsichtigt, werden die ex ante-Verpflichtungen der DTAG in Zukunft fort fallen.

Wird die Regulierung des deutschen Transitdienstmarkts frühzeitig beendet, besteht die Gefahr eines Marktversagens, dem mit den verfügbaren rechtlichen Instrumenten nicht wirksam und zügig begegnet werden kann. Bei den Verhandlungen über die Zusammenschaltung ist nicht auszuschließen, dass der Incumbent seine Größenvorteile gegenüber den von ihm abhängigen Wettbewerbern ausnutzen wird, um die genauen Bedingungen und zu entrichtenden Entgelte einseitig zu seinen Gunsten zu beeinflussen. Alternative Anbieter könnten dadurch aus dem Markt verdrängt werden, weil sie auf dem Endkundenmarkt nicht mehr wettbewerbsfähig sind.

Mit den Mitteln des allgemeinen Wettbewerbsrechts lassen sich derartige Verhaltensweisen nicht effektiv beseitigen. Die Durchsetzung der Rechte der Wettbewerber über die Instrumente der allgemeinen Missbrauchsaufsicht weist

⁵⁹ I/ERG Opinion (Fn. 44), S. 5 f.

⁶⁰ Vgl. dazu auch Monopolkommission, Sondergutachten 50 (Fn. 50), S. 25.

erhebliche Schwächen auf.⁶¹ Daher sind Instrumentarien notwendig, die ein schnelles und effektives Eingreifen der Aufsichtsbehörden ermöglichen und Rechtssicherheit für die Wettbewerber schaffen.

2. Vorleistungsmarkt für Fernübertragungssegmente von Mietleitungen (Markt Nr. 14)

Der Markt für Fernübertragungssegmente von Mietleitungen für Großkunden betrifft in Deutschland die Strecken, die jeweils zwischen den Knotenpunkten des Kernnetzes der DTAG liegen. Davon zu unterscheiden sind die Anschluss-Segmente von Mietleitungen, die den Markt Nr. 13 darstellen. Anschluss-Segmente sind die Mietleitungen, die die Abschlusseinrichtung vom Anschluss des Nachfragers bis zum ersten Netzknoten des Netzes der DTAG bilden, an dem ein Anschluss einer Mietleitung eines anderen Unternehmens möglich ist.

a) Deregulierung auf EU-Ebene

Die Kommission erachtet Markt Nr. 14 für nicht mehr regulierungsbedürftig, da sich eine parallele Infrastruktur auf den Hauptstrecken herausgebildet habe und somit Markteintrittsschranken gering seien.⁶² Dies gilt nach Auffassung der Kommission zwar nicht für weniger frequentierte Nebenstrecken, jedoch erachtet sie die Aufrechterhaltung der sektorspezifischen ex ante-Regulierung aufgrund der unbedeutenden Nebenstrecken als unangemessen.⁶³ In ihrem Working Document nahm die Kommission dagegen noch eine gegenteilige Position ein. Aufgrund der existierenden Marktzutrittsschranken verwies sie darin auf die Notwendigkeit, diesen Markt in der neuen Märkte-Empfehlung zu belassen.⁶⁴

b) Deregulierungstrend in Deutschland

⁶¹ Siehe dazu oben, Abschnitt III.1.

⁶² Explanatory Note (Fn. 8), S. 38 f.

⁶³ Ebenda, S. 39.

⁶⁴ Working Doc. (Fn. 58), S. 34.

Im November 2004 hatte die BNetzA aufgrund einer Marktanalyse eine Vorabregulierung des Marktes Nr. 14 angeordnet und der DTAG eine umfassende Zugangsverpflichtung zu allen digitalen Standard-Festverbindungen und allen Carrier-Festverbindungen unabhängig von ihrer Zugehörigkeit zum Abschluss- oder Fernübertragungsbereich auferlegt.⁶⁵ Nach Durchführung einer erneuten Marktdefinition und Marktanalyse kam die BNetzA im Oktober 2007 sodann jedoch zu dem Ergebnis, dass auf dem Markt Nr. 14 wirksamer Wettbewerb herrsche und er demnach nicht mehr regulierungsbedürftig sei. Die regulatorischen Verpflichtungen wurden damit widerrufen.⁶⁶

Die Deregulierung auf nationaler Ebene erfolgte somit bereits vor der Deregulierung auf EU-Ebene. Durch die Änderung der Märkte-Empfehlung im Dezember 2007 wurde dieser Trend durch die EU-Vorgaben nachträglich bestätigt.

c) Wettbewerbsbedrohung nach Deregulierung

Die Ablehnung der Regulierungsbedürftigkeit von Markt Nr. 14 ist kritisch zu bewerten. Wirksamer Wettbewerb ergibt sich erst dann, wenn Wettbewerber in der Lage sind, die fraglichen Leistungen flächendeckend selbst zu erbringen. Eine vollständige Deregulierung von Markt Nr. 14 wäre somit erst gerechtfertigt, wenn an allen 76 Kernnetzstandorten der DTAG oder auf der Mehrzahl der dazwischen liegenden Routen wenigstens ein alternativer Betreiber eines Fernübertragungsnetzes vorhanden wäre. Dies ist jedoch bisher noch nicht der Fall. Der Grund hierfür liegt darin, dass sich die Aktivitäten der Wettbewerber bislang auf die 50 bis 100 größten deutschen Ortsnetze konzentrieren, wogegen es in zahlreichen ländlichen Regionen immer noch an alternativen Anbietern

⁶⁵ BNetzA, Beschluss vom 30.11.2004, BK 2b-04/027.

⁶⁶ BNetzA, Beschluss vom 31.10.2007, BK 3b-07/007, S. 2, 23; dagegen wurde auf dem Markt Nr. 13 für regionale Abschluss-Segmente von Mietleitungen eine Regulierungsbedürftigkeit festgestellt, so dass die Verpflichtungen der DTAG beibehalten bzw. ergänzt wurden.

fehlt.⁶⁷ Auch die BNetzA hatte in diesem Verfahren zunächst die Auffassung vertreten, dass keine flächendeckende Wechselmöglichkeit vorliege.⁶⁸

Für einen Markteintritt in Markt 14 ist eine Zusammenschaltung an allen Abschlussegmenten des Netzes erforderlich, die unter Markt 13 fallen und weiterhin reguliert sind. Ein Zugangsanspruch zu den Abschlussegmenten ist für die Wettbewerber jedoch ohne wirtschaftliche Bedeutung, wenn kein Fernübertragungsnetz eines alternativen Betreibers zur Verfügung steht, weil für den Wettbewerber in diesem Fall kein durchgehender Datentransport möglich ist.⁶⁹ Allerdings bietet die DTAG keine Vorleistung an, welche den Zugang zu den Leistungen auf Markt Nr. 13 separat von den Leistungen auf Markt Nr. 14 eröffnet.⁷⁰ Daraus folgt, dass der Incumbent seine starke Position auf diesen Märkten zum Nachteil der Wettbewerber nutzen kann, indem er den Zugang zu einer Vorleistung vom Bezug einer anderen Vorleistung abhängig macht. Dieses Verhalten kann zu einer Zugangsverweigerung führen.

Somit ist auf dem Markt Nr. 14 aufgrund der bereits erfolgten Entlassung aus der sektorspezifischen Regulierung eine wettbewerbsschädigende Regelungslücke zu befürchten, denn aufgrund der Marktmachtstellung des Incumbents und des fehlenden „level playing fields“ droht ein missbräuchliches Verhalten im Bereich des Zugangs und der Vorleistungsentgelte gegenüber den Wettbewerbern, welches auch durch das allgemeine Wettbewerbsrecht nicht wirksam verhindert bzw. abgestellt werden kann.

3. Vorleistungsmarkt für Zugang und Verbindungsaufbau in Mobilfunknetzen (Markt Nr. 15)

⁶⁷ Vgl. Stellungnahme der IEN zum Konsultationsverfahren hinsichtlich der Märkte Nr. 7, 13 und 14, S. 15; abrufbar unter <http://www.ien-berlin.de/resources/060224IEN+Stellungnahme+Marktanalyse+an+BNetzA.pdf>

⁶⁸ Entwurf der BNetzA zum Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren hinsichtlich Markt Nr. 7, 13, und 14, S. 61; abrufbar unter <http://www.bundesnetzagentur.de/media/archive/4789.pdf>

⁶⁹ Vgl. Stellungnahme von BT, wiedergegeben in der Entscheidung der BNetzA vom 31.10.2007, BK 3b-07/007, S. 6 f.

⁷⁰ Vgl. Stellungnahme der IEN (Fn. 67), S. 14.

Markt Nr. 15 der bisherigen Märkte-Empfehlung umfasst den Zugang und den Verbindungsaufbau in öffentlichen Mobilfunknetzen. Wie im Festnetz besteht eine Mobilfunkverbindung aus den Vorleistungen Netzzugang, Verbindungsaufbau, Transit und Anrufzustellung (Terminierung). Die BNetzA unterteilt Markt Nr. 15 in drei Teil-Märkte, die jeweils das gesamte Bundesgebiet umfassen, und zwar für die Erbringung von Leistungen an Diensteanbieter (Resale)⁷¹, für die Erbringung von Leistungen an Betreiber virtueller Mobilfunknetze (MVNO) und für nationale Roaming-Dienste.

a) Deregulierung auf EU-Ebene

Die Kommission erachtet Markt Nr. 15 nunmehr als nicht mehr regulierungsbedürftig und hat ihn aus der Märkte-Empfehlung gestrichen.⁷² Zwar bestehen nach Auffassung der Kommission weiterhin Marktzutrittsschranken, da Anbieter ohne Frequenzspektrum zwingend auf den Zugang zu den Mobilfunknetzen angewiesen sind. Dies werde aber dann hinfällig, wenn Spektrumhandel stattfindet.⁷³ Jedoch stellt die Kommission zugleich fest, dass auf den Märkten in der Regel nur eine begrenzte Anzahl von Mobilfunknetzbetreibern wirtschaftlich tätig werden kann. Im Ergebnis bleibt offen, ob das erste Kriterium des Drei-Kriterien-Tests erfüllt ist. Für wirksamen Wettbewerb, d.h. gegen das zweite Kriterium, spricht aus der Sicht der Kommission jedenfalls die funktionierende Wettbewerbssituation auf den Endkundenmärkten, so dass eine ex ante-Regulierung auf Vorleistungsebene nicht mehr erforderlich sei.⁷⁴

b) Deregulierungstrend in Deutschland

⁷¹ Auf diesem Teilmarkt ist zu beachten, dass den Mobilfunknetzbetreibern in den GSM/UMTS-Lizenzen Resale-Verpflichtungen zu Gunsten der Diensteanbieter auferlegt sind, die eine quasi ex ante-Regulierung darstellen.

⁷² Explanatory Note (Fn. 8), S. 44 ff.

⁷³ Ebenda, S. 44.

⁷⁴ Ebenda, S. 45.

Markt Nr. 15 wurde seitens der BNetzA auf Grundlage der Marktdefinition und Marktanalyse aus dem Jahr 2006/07 als nicht regulierungsbedürftig eingestuft.⁷⁵ Die BNetzA stellte im Rahmen des Drei-Kriterien-Tests fest, dass beispielsweise hinsichtlich der Erbringung von Leistungen an Diensteanbieter (Resale), welcher einen Teilmarkt von Markt Nr. 15 darstellt, beträchtliche und anhaltende strukturelle Marktzutrittsschranken vorliegen, eine Tendenz zu wirksamem Wettbewerb fehlt und die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts nicht ausreicht, um dem festgestellten Marktversagen zu begegnen. Zum letzten Punkt führte die BNetzA aus, dass die vier deutschen Mobilfunknetzbetreiber mit einem sehr hohen Marktanteil auf der Vorleistungsebene aufgrund ihrer eigenen Marktposition auf der Endkundenebene kein Interesse daran haben, den Wettbewerbern Zugang und Verbindungsaufbau in ihren Netzen zu ermöglichen. Die BNetzA lehnte aber das Vorliegen beträchtlicher Marktmacht seitens der Mobilfunknetzbetreiber ab, da sie, anders als im Markt Nr. 16, nicht jedes einzelne Mobilfunknetz als einen Markt einstufte. Die Behörde ordnete folglich keine Regulierungsmaßnahmen an.

Da die neue Märkte-Empfehlung den Markt Nr. 15 nicht mehr umfasst, ist die BNetzA nicht verpflichtet, eine erneute Prüfung der Regulierungsbedürftigkeit vorzunehmen. Zwar hätte die BNetzA durchaus die rechtliche Möglichkeit hierfür, jedoch ist aufgrund der bisherigen Erfahrungen, die teilweise auch Gegenstand dieses Gutachtens sind, nicht davon auszugehen, dass sie davon weit reichenden Gebrauch machen wird.

c) Wettbewerbsbedrohung nach Deregulierung

Dass die betroffenen Märkte keiner sektorspezifischen Regulierung unterliegen, hat schon heute erhebliche wettbewerbliche Konsequenzen auf mehreren Märkten. Die nachfolgenden Beispiele zeigen, dass die Vorleistungsdienste der Mobilfunknetzbetreiber für den wirksamen Wettbewerb wesentlich sind. Ohne

⁷⁵ Festlegung der BNetzA zu Markt Nr. 15 vom 19.12.2007, BK 1-06/001, S. 90; abrufbar unter <http://www.bundesnetzagentur.de/media/archive/12191.pdf>

eine sektorspezifische Regulierung werden die Mobilfunkunternehmen in die Lage versetzt, ihre Marktstellung auf der Endkundenebene auszuweiten, indem sie Wettbewerbern den Zugang und Verbindungsaufbau verweigern oder nur zu unangemessenen Bedingungen gewähren.

Selbst die BNetzA nimmt an, dass eine permanente Sicherstellung des knappen Angebots von Zugangs- und Verbindungsaufbauleistungen im Mobilfunk nur über eine präventiv wettbewerbsfördernde Intervention zu erreichen ist.⁷⁶ Die EU-Kommission kommt zu einem ähnlichen Ergebnis und schließt daher (trotz der Herausnahme des Marktes aus der Empfehlung) das Erfordernis einer weiteren Regulierung im Einzelfall nicht aus.⁷⁷ Da die BNetzA in der Vergangenheit die Regulierungsbedürftigkeit des Marktes Nr. 15 ablehnte und der Markt nunmehr nicht mehr Gegenstand der Märkte-Empfehlung ist, erscheint es jedoch sehr unwahrscheinlich, dass die Märkte nochmals seitens der BNetzA im Marktanalyseverfahren überprüft werden. Verpflichtet ist sie dazu jedenfalls nicht.

In diesem Fall unterlägen diese Märkte ausschließlich der allgemeinen Wettbewerbsaufsicht. Diese wird jedoch aller Voraussicht nach nicht in der Lage sein, einem missbräuchlichen Verhalten der Mobilfunknetzbetreiber hinreichend wirksam entgegen zu treten, wie nachfolgend anhand von Beispielen verdeutlicht werden soll.

(1) Auskunfts- und Mehrwertdienste

Für Anbieter von Auskunfts- und Mehrwertdiensten (AMWD) besteht die zwingende Notwendigkeit, den Endkunden ein flächendeckendes Dienstangebot im Festnetz und Mobilfunk bereitstellen zu können. Aufgrund des steigenden Anteils der Verkehrsminuten für Anrufe zu Servicrufnummern aus dem Mobilfunk ist für die Anbieter das AMWD-Angebot über die

⁷⁶ Ebenda, S. 59.

⁷⁷ Working Doc. (Fn. 58), S. 40 f.

Mobilfunknetze von besonderer Wichtigkeit. Die Anbieter sind auf den Vorleistungszugang zu den Netzen angewiesen, um ihre Angebote auf dem Endkundenmarkt anbieten zu können. Die Mobilfunknetzbetreiber haben aufgrund des Engpasscharakters ihrer Netze jedoch die Möglichkeit und den wirtschaftlichen Anreiz, durch Gestaltung der Zugangsbedingungen die wirtschaftliche Tragfähigkeit der Geschäftsmodelle der alternativen Anbieter im eigenen Interesse zu steuern.

Die Mobilfunknetzbetreiber können ihre eigenen Endkundenentgelte frei festlegen und die Anbieter von AMWD haben darauf keinerlei Einfluss. Den AMWD-Anbietern reichen die Mobilfunknetzbetreiber in der Regel nur einen geringen Vorleistungspreis abzüglich der Transportkosten weiter.⁷⁸ Zudem bestehen Anreize der Mobilfunknetzbetreiber, auf Vorleistungsebene bestimmte AMWD-Anbieter, darunter teilweise auch eigene nachgeordnete Sparten, durch höhere Auszahlungsbeträge zu bevorzugen. Dieser Handlungsspielraum der Mobilfunknetzbetreiber kann zu Diskriminierungen auf der Vorleistungsebene zum Nachteil der konkurrierenden AMWD-Anbieter und zu überhöhten Endkundenentgelten zum Nachteil der Dienstnutzer führen.

Trotz der offensichtlichen Marktverzerrungen hat die BNetzA die Verbindungsleistungen für AMWD bislang nicht in die Analyse des Marktes Nr. 15 einbezogen, da unklar ist, ob die Anbieter der AMWD oder die Mobilfunkanbieter Nachfrager der Leistung seien. Für eine Zuführungsleistung spricht jedoch, dass Anbieter von AMWD, die über keine eigenen Frequenzen verfügen, zwingend auf den Zugang zu den Mobilfunknetzen angewiesen sind, da sie ohne ein solches Angebot keine eigenen Endkundenleistungen anbieten können. Selbst die BNetzA stellte deshalb ausdrücklich fest, dass die wettbewerbliche Situation der AMWD im Rahmen einer gesonderten Marktuntersuchung zu analysieren sei.⁷⁹ Vor dem Hintergrund, dass Markt Nr. 15

⁷⁸ WIK, Auskunfts- und Mehrwertdienste im Mobilfunk - eine Marktuntersuchung aus wettbewerbsspolitischer und regulatorischer Sicht, Studie für den VATM, März 2006, S. 3 ff.

⁷⁹ Vgl. dazu Festlegung der BNetzA zu Markt Nr. 15 (Fn. 76), dort S. 51 und Fn. 80.

von der neuen Märkte-Empfehlung nicht mehr umfasst ist, erscheint jedoch ein solches Vorgehen für die Zukunft äußerst fraglich.

Hierdurch wird deutlich, dass den Wettbewerbern ohne die sektorspezifische Regulierung kein wirksames Instrument zur Verfügung steht, um gegen derartige Verhaltensweisen effektiv und zeitnah vorzugehen.

(2) Leistungen an Diensteanbieter (Resale)

Zu einem vergleichbaren Ergebnis kommt man hinsichtlich Resale. Den Mobilfunknetzbetreibern wurden ex ante-Resale-Verpflichtungen zu Gunsten von Diensteanbietern in den GSM/UMTS-Frequenzen auferlegt. Diese beinhalten u.a. Zugangs- und Entgeltregelungen sowie Nichtdiskriminierungs- und Transparenzgebote. Die Fortgeltung bestehender Resale-Verpflichtungen wird in § 150 Abs. 4 TKG geregelt, nicht dagegen die Auferlegung neuer Resale-Verpflichtungen. Ob diese aufgrund anderer Rechtsgrundlagen zu erfolgen hat, ist umstritten.⁸⁰

Wegen einer fehlenden ausdrücklichen Regelung im TKG will die BNetzA jedenfalls davon absehen, im aktuellen Vergabeverfahren von Frequenzen in den Bereichen 1,8 GHz, 2 GHz und 2,6 GHz für den drahtlosen Netzzugang zum Angebot von Telekommunikationsdiensten den Netzbetreibern Resale-Verpflichtungen aufzuerlegen. Ohne derartige Verpflichtungen verfügen die Mobilfunknetzbetreiber gegenüber den Diensteanbietern über einen weiten Handlungsspielraum hinsichtlich der Ausgestaltung von Vorleistungen. Die besondere Bedeutung des Angebots von Zugangs- und Verbindungsleistungen auf der Vorleistungsebene folgt auch hier vor allem daraus, dass die Diensteanbieter als potenzielle Wettbewerber der Mobilfunknetzbetreiber über keine eigenen Frequenzen verfügen und damit ohne ein solches Angebot keine eigenen Endkundenleistungen anbieten können. Das allgemeine

⁸⁰ Vgl. dazu *Brandenberg*, Resale-Verpflichtungen von Mobilfunknetzbetreibern, 2008, S. 100 ff.

Wettbewerbsrecht bietet gegenwärtig keine ausreichende Gewähr für eine effektive Beseitigung dieser Wettbewerbshindernisse.

4. Endkundenmärkte im Festnetz (Märkte Nr. 1 bis 7)

a) Deregulierung auf EU-Ebene

Die Endkundenmärkte Nr. 1 und 2 der ursprünglichen Empfehlung betrafen den Zugang von Privatkunden und sonstigen Kunden (Geschäftskunden) zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten. Diese beiden Märkte wurden in der neuen Märkte-Empfehlung nunmehr als Markt Nr. 1 zusammengefasst und damit seitens der Kommission weiterhin als regulierungsbedürftig eingestuft. Die Endkundenmärkte Nr. 3 bis 7 der ursprünglichen Märkte-Empfehlung wurden in der neuen Fassung dagegen nicht mehr berücksichtigt. Diese Märkte betrafen öffentliche Inlandstelefonverbindungen an festen Standorten (Märkte Nr. 3 und 5), öffentliche Auslandstelefonverbindungen an festen Standorten (Märkte Nr. 4 und 6) sowie das Mindestangebot an Mietleitungen (Markt Nr. 7). Die Kommission begründet die Streichung dieser fünf Endkundenmärkte damit, dass eine von ihr über das Artikel 7-Verfahren kontrollierte, wirksame Regulierung auf der Vorleistungsebene ausreiche, um die Endkunden zu schützen.⁸¹

b) Deregulierungstrend in Deutschland

Hinsichtlich der Märkte Nr. 1, 2, 3 und 5 stellte die BNetzA nach Durchführung des Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens im Jahre 2006 eine Regulierungsbedürftigkeit fest.⁸² Auf Grundlage der Feststellung beträchtlicher

⁸¹ Vgl. Pressemitteilung der Kommission IP/07/1678 vom 13.11.2007.

⁸² Die Marktdefinition- und Marktanalyse der BNetzA erfolgte zu den Märkten Nr. 1-6.

Marktmacht wurden der DTAG Regulierungsverpflichtungen hinsichtlich der Märkte Nr. 1 und 2 zur Betreibervorauswahl und zur Entgeltkontrolle auferlegt. Hinsichtlich der Märkte Nr. 3 und 5 wurde eine Entgeltkontrolle festgesetzt.⁸³ Bezüglich der Märkte Nr. 4 bis 6 stellte die BNetzA in derselben Verfügung fest, dass eine Regulierungsbedürftigkeit nicht bestehe.⁸⁴ In einem gesonderten Verfahren, zusammen mit den Vorleistungsmärkten Nr. 13 und 14 wurde hinsichtlich des Endkundenmarktes Nr. 7 eine Regulierungsbedürftigkeit angenommen. Die DTAG wurde verpflichtet, ein Mindestangebot von Mietleitungen entsprechend des EU-Verzeichnisses bereitzustellen. Des Weiteren ordnete die BNetzA eine Entgeltregulierung an.⁸⁵

Aufgrund der neuen Märkte-Empfehlung leitete die BNetzA am 2. Juli 2008 ein Konsultationsverfahren hinsichtlich der bislang regulierten Märkte Nr. 3 und 5 ein und kam nach Durchführung des Drei-Kriterien-Tests zu dem Ergebnis, dass aufgrund der Tendenz zu wirksamem Wettbewerb diese Märkte nicht mehr der sektorspezifischen Regulierung unterliegen sollen. Dabei geht es um die Bereitstellung einer Verbindung an festen Standorten zum öffentlichen Telefonnetz für abgehende und eingehende Anrufe und entsprechende Dienste, die mit unterschiedlichen Mitteln bereitgestellt werden können.⁸⁶

Derartige Verbindungsleistungen können den Endkunden durch Teilnehmernetzbetreiber über den Telefonanschluss oder durch Verbindungsnetzbetreiber über Betreiberauswahl (Call-by-Call) oder Betreibervorauswahl (Preselection) sowie über VoIP-Dienste (Voice over Internet Protocol) angeboten werden. Die BNetzA geht grundsätzlich davon aus, dass auf

⁸³ Regulierungsverfügung vom 5.7.2006, Az. BK 2a 06 001/R, S. 3 und Regulierungsverfügung v. 14.12.2007, Az. 2a 07/001-R, S. 2.

⁸⁴ Ebenda.

⁸⁵ Regulierungsverfügung vom 23.5.2007, Az. BK 3b 06 037 - 039/R, S. 2, abrufbar unter <http://www.bundesnetzagentur.de/media/archive/10328.pdf>

⁸⁶ Vgl. Explanatory Note (Fn. 8), S. 16.

den Märkten für öffentliche Inlandsverbindungen zwischen Verbindungen in Festnetze und in Mobilfunknetze zu unterscheiden ist.⁸⁷

Die BNetzA lehnt in ihrem aktuellen Konsultationsentwurf zu den Märkten Nr. 3 und 5 nunmehr die Regulierungsbedürftigkeit dieser Märkte ab. Dabei wird die erste Voraussetzung des Drei-Kriterien-Tests bejaht, da nach Auffassung der BNetzA hinsichtlich der Inlandsverbindungen - sowohl in die Festnetze als auch in die Mobilfunknetze - weiterhin Marktzutrittsschranken zu Lasten der Verbindungsnetzbetreiber vorliegen.

Das zweite Kriterium - die fehlende längerfristige Tendenz zu wirksamem Wettbewerb - wird von der BNetzA jedoch sowohl bei den Verbindungen in Festnetze als auch bei den Verbindungen in Mobilfunknetze verneint. Für die Verbindungen in die Festnetze begründet die BNetzA den von ihr angenommenen wirksamen Wettbewerb mit den sinkenden Marktanteilen der DTAG und mit dem Umstand, dass sich das Unternehmen auf dem Endkundenmarkt nicht mehr unabhängig von Kunden und Wettbewerbern verhalten könne.⁸⁸

Bei den Verbindungen in die Mobilfunknetze ist nach Auffassung der BNetzA ebenfalls mit wirksamem Wettbewerb zu rechnen, da in absehbarer Zeit Preiswettbewerb zwischen den Festnetz-Unternehmen auf Endkundenebene entstehe.⁸⁹ Dies begründet die Regulierungsbehörde insbesondere mit aktuellen Entwicklungen auf dem Vorleistungsmarkt Nr. 16, der Anrufzustellungen in einzelne Mobiltelefonnetze betrifft. Das BVerwG entschied im April 2008, dass die Entgeltgenehmigung der BNetzA hinsichtlich Markt Nr. 16 rechtmäßig sei.⁹⁰ Die vier deutschen Mobilfunknetzbetreiber hatten gegen die Regulierungsverfügungen im Bereich der Mobilfunkterminierung Klage erhoben.

⁸⁷ Konsultationsentwurf der BNetzA vom 2.7.2008, (Fn. 17), S. 29, 31.

⁸⁸ Ebenda, S. 48.

⁸⁹ Ebenda, S. 51.

⁹⁰ Entscheidung des BVerwG vom 2.4.2008, Az. 6 C 14, 6 C 15, 6 C 16 u. 6 C 17.07.

Sie richteten sich u.a. gegen die Auferlegung einer Genehmigungspflicht für Terminierungsentgelte. Aufgrund der Entscheidung des BVerwG sind die Terminierungsentgelte eng an die tatsächlich entstandenen Kosten zu orientieren, um insbesondere den Verbraucherinteressen angemessen Rechnung zu tragen. Dies könnte im Ergebnis zu einer Senkung der Endkundenpreise der Festnetzbetreiber für Gesprächsverbindungen in die Mobilfunknetze führen.

Wegen der mit diesem Verfahren verbundenen Rechtsunsicherheit über die Regulierung der Mobilfunkterminierungsentgelte hatten die Festnetz-Wettbewerber die Endkundenpreise für Verbindungen in Mobilfunknetze nicht gesenkt. Wäre die Regulierungsverfügung aufgehoben worden, hätten diese Unternehmen an die Mobilfunknetzbetreiber Nachzahlungen in großem Umfang leisten müssen. Daher hatten sie die Entgelte beibehalten und Rückstellungen für diesen Fall gebildet. Nach der Entscheidung des BVerwG geht die BNetzA nunmehr davon aus, dass auf Endkundenebene ein Preiswettbewerb eintreten wird, wenn auch mit dem ausdrücklichen Vorbehalt eines Widerrufs dieser Prognose.⁹¹ Gegenwärtig ist aus der Sicht der BNetzA die Regulierungsbedürftigkeit auf den Endkundenmärkten Nr. 3 und 5 somit nicht mehr gegeben.⁹²

c) Wettbewerbsbedrohung nach Deregulierung

Im Folgenden werden Beispiele dafür angeführt, dass ohne sektorspezifische Regulierung auf bestimmten Endkundenmärkten eine Regelungslücke entstehen kann, die zu einer Bedrohung des Wettbewerbs führt. Den auf diesen Märkten zu erwartenden missbräuchlichen Verhaltensweisen der Incumbents kann auch durch eine ex ante-Regulierung im Vorleistungsbereich nicht wirksam begegnet werden. Der Schwerpunkt der Darstellung liegt dabei auf den aktuellen Entwicklungen der zuvor bereits behandelten Märkte Nr. 3 und 5.

⁹¹ Konsultationsentwurf der BNetzA vom 2.7.2008 (Fn. 17), S. 51.

⁹² Ebenda, S. 54.

(1) Betreiber(vor)auswahl

Zwar wurde der DTAG für den Markt Nr. 1 und 2 eine Verpflichtung zur Gewährung der Betreiber(vor)auswahl i.S.d. § 40 TKG auferlegt, jedoch zeigen sich bereits Ansätze für mögliche Behinderungsstrategien, die ebenso auf die Märkte Nr. 3 und 5 erhebliche Auswirkungen haben und durch das allgemeine Wettbewerbsrecht nicht behoben werden könnten.

Hinsichtlich der Betreiber(vor)auswahl besteht die Gefahr, dass mit der Migration vom herkömmlichen Telefonfestnetz (*Public Switched Telephony Network, PSTN*) zu einem auf neuen Technologien beruhenden Netz (*Next Generation Network, NGN*) das darauf beruhende Geschäftsmodell der Wettbewerber vom Markt verdrängt wird. So stellt die DTAG bereits die Notwendigkeit der Betreiber(vor)auswahl in Frage, da sich der Wettbewerb ohne diese noch konsequenter entwickeln könne. Das darauf beruhende Geschäftsmodell könne nach Ansicht der DTAG durch Angebote von VoIP-Diensten leichter realisiert werden.⁹³

In Deutschland hat die Betreiber(vor)auswahl einen wesentlichen Beitrag zum Wettbewerb auf den Endkundenmärkten im Festnetz geleistet.⁹⁴ Auf den Märkten Nr. 3 und 5 für Inlandsverbindungen haben die größten Wettbewerber Betreiber(vor)auswahl angeboten und damit den Marktanteil der DTAG senken können.⁹⁵ Das Geschäftsmodell der Betreiber(vor)auswahl ist jedoch rückgängig und es ist erkennbar, dass die DTAG versucht, dieses Geschäftsmodell aus dem Markt zu drängen. Der vermeintliche Hebel hierfür besteht in dem technologischen Wandel in Richtung der NGN. Die DTAG bietet auf dem Endkundenmarkt das Produkt „Business Access IP“ an, das aus zwei festen Sprachkanälen und einem Internetanschluss besteht. Im Zuge der Umstellung auf sog. All-IP-Anschlüsse bestreitet die DTAG nunmehr ihre Verpflichtungen

⁹³ Konsultationsentwurf der BNetzA vom 2.7.2008 (Fn. 17), S. 17 f.

⁹⁴ Ebenda, S. 42.

⁹⁵ Vgl. dazu Festlegungen der BNetzA zum Markt Nr. 1-6 vom 24.11.2005, S. 68, abrufbar unter <http://www.bundesnetzagentur.de/media/archive/1979.pdf>.

zum Angebot der Betreiber(vor)auswahl gegenüber ihren Endkunden, obwohl diese Dienste ohne größere technischen Änderungen und Investitionen auch in den NGN angeboten werden könnte.⁹⁶

Sollten diese Dienste über die ex ante-Regulierung nicht mehr verpflichtend angeordnet werden, sind die darauf maßgeblich beruhenden Geschäftsmodelle bestimmter Wettbewerber gefährdet. Die Anordnung des Angebots gerade derartiger Dienste über das allgemeine Wettbewerbsrecht scheint unwahrscheinlich, da eine Verbotsentscheidung wegen missbräuchlichen Verhaltens in der Regel keine konkreten Vorgaben zur Art und Weise der Abstellung des Verstoßes enthält.

(2) Bündelprodukte und Mindestlaufzeiten

Im Fall einer Deregulierung der Festnetz-Endkundenmärkte Nr. 3 und 5 könnte ein missbräuchliches Verhalten der Incumbents, insbesondere in Form von Bündelangeboten und langfristigen Vertrags(mindest)laufzeiten, allein über das allgemeine Wettbewerbsrecht nicht hinreichend wirksam unterbunden werden.

Seit 2006 ist bei der DTAG ein Trend zu Komplettpaket-Angeboten zu verzeichnen, die mehrere Dienste, wie beispielsweise Telefon- und DSL-Anschluss, Pauschaltarife für Orts- und Ferngespräche, Internetflatrate etc., umfassen. Die DTAG kann dabei auf ihren Altkundenbestand im Anschlussbereich zurückgreifen und diese Kunden mit einer Produktumstellung unmittelbar bewerben. Dieses Vorgehen lässt sich anhand von aktuellen Zahlen der DTAG belegen. Nach dem 1. Quartalsbericht 2008 der DTAG erhöhte sich die Zahl der Bestandskunden in den Komplettpaketen seit Anfang 2007 um 5,4 Millionen auf insgesamt 11,1 Millionen.⁹⁷

⁹⁶ Vgl. *Schütze*, K&R Heft 6/2008, Die erste Seite.

⁹⁷ Pressemitteilung der DTAG vom 8.5.2008, abrufbar unter <http://www.telekom.com/dtag/cms/content/dt/de/82408?archivArticleID=531176>

Da die Vertragslaufzeiten für solche Paketangebote in der Regel 24 Monate betragen, sind die Endkunden für lange Zeit dem Wettbewerb entzogen. Im Bereich der Geschäftskunden geht es häufig sogar um noch längere Vertragslaufzeiten.⁹⁸ Betroffen davon sind sowohl die alternativen Anschluss- als auch Verbindungsnetzbetreiber. Das beschriebene Vorgehen der DTAG lässt sich an den aktuellen Geschäftszahlen der DTAG festmachen. Die erfolgreiche Vermarktung der Komplettangebote in Deutschland führte dazu, dass die Zahl der Breitbandanschlüsse trotz Vorleistungsregulierung im 1. Quartal 2008 gegenüber dem Vorjahr um 1,9 Millionen auf 13,0 Millionen stieg. Der Absatz der DSL-Neukundenanschlüsse im ersten Quartal 2008 betrug dabei 539.000. Die DTAG verzeichnet damit einen Anteil von rund 43 Prozent am Wachstum des gesamten deutschen Breitbandmarktes.⁹⁹

Auch die Monopolkommission ist der Auffassung, dass die sektorspezifische Regulierung der Bündelprodukte aus Anschluss- und Verbindungsleistungen beibehalten werden soll, da sie spezielle Gefahren für den Wettbewerb, wie Quersubventionierungen oder Preis-Kosten-Scheren bergen.¹⁰⁰ 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.¹⁰¹

Im Fall der Deregulierung der Endkundenmärkte Nr. 3 und 5 kann auch hinsichtlich der VoIP-Dienste nicht ausgeschlossen werden, dass die DTAG zum Nachteil der Wettbewerber agiert. Durch die DSL-Komplettangebote kann die DTAG gezielt ihre Kunden an die eigenen VoIP-Angebote binden, da ein

⁹⁸ Konsultationsentwurf der BNetzA vom 2.7.2008 (Fn. 17), S. 17 f.

⁹⁹ Pressemitteilung der DTAG vom 8.5.2008 (Fn. 98).

¹⁰⁰ Monopolkommission, Sondergutachten 50 (Fn. 50), S. 28.

¹⁰¹ Ebenda.

Wechsel zu einem alternativen VoIP-Anbieter für den Kunden mit erheblichen Mehrkosten verbunden ist. Schließt ein Kunde einen Vertrag mit der DTAG über ein DSL-Paketangebot, so wird der für den Internetzugang erforderliche DSL-Router zu einem sehr günstigen Tarif (gegenwärtig 29,99 Euro) mitgeliefert.¹⁰² Diese Router sind so konfiguriert, dass nur VoIP-Dienste der DTAG darüber angewandt werden können. Will der Kunde VoIP-Dienste eines alternativen Anbieters in Anspruch nehmen, muss er sich einen zusätzlichen offenen Router kaufen, welcher etwa dreimal so teuer ist. Zudem führen lange Vertragslaufzeiten dazu, dass die Kunden dem Wettbewerb für lange Zeit entzogen sind.

Dieses Verhalten kann mit den Instrumenten des allgemeinen Wettbewerbsrechts nur unzureichend erfasst und unterbunden werden. Das VG Köln erklärte die Einbeziehung der VoIP-Verbindungen in die Verbindungsmärkte zwar für rechtmäßig, nachdem die DTAG die Auffassung vertreten hatte, dass die Einbeziehung in die Marktdefinition von Verbindungen, die über VoIP-Dienste hergestellt werden, rechtswidrig sei.¹⁰³ Dennoch würde dieser Schluss hinfällig, wenn eine vollständige Deregulierung der Märkte Nr. 3 und 5 erfolgen sollte.

(3) Tarifgestaltung

Im Fall einer Deregulierung der Festnetz-Endkundenmärkte Nr. 3 und 5 könnte zudem eine missbräuchliche Preisgestaltung der Incumbents über das allgemeine Wettbewerbsrecht nicht hinreichend wirksam unterbunden werden.

Es besteht sodann die Gefahr, dass der Incumbent Endkundenpreise erhebt, die den Wettbewerb um eben diese Kunden dauerhaft verhindern. Dies kann einerseits durch nicht kostendeckende Preise (sog. „Dumpingpreise“) und andererseits durch eine nicht hinreichende Spanne zu den entsprechenden Vorleistungspreisen (Preis-Kosten-Schere) erfolgen. Die ERG betont in Ihrer

¹⁰² Vgl. Call & Surf-Angebote der DTAG, abrufbar unter <http://www.t-home.de/komplettpakete/search>.

¹⁰³ VG Köln, Urteil vom 5.9.2007, Az. 21 K 3395/06, S. 19 ff. des amtlichen Umdrucks; DTAG hatte 2006 Klage erhoben mit dem Antrag, die Regulierungsverfügung der BNetzA zu den Märkten Nr. 1 bis 6 insgesamt aufzuheben.

Stellungnahme zur neuen Märkte-Empfehlung, dass durch die Herausnahme der Endkundenmärkte aus der Regulierung die Möglichkeit eines effektiven Vorgehens gegen die Preis-Kosten-Schere erheblich geschmälert werde.¹⁰⁴ Als aktuelles Beispiel für eine derartige Preisstrategie ist das Geschäftskundenprodukt T-VPN (*Virtual Private Network*) der DTAG zu nennen. Der T-VPN-Pauschalpreis liegt dabei unter den reinen Terminierungskosten, die einem alternativen Wettbewerber beim zugrunde liegenden Nutzungsverhalten des Endkunden entstehen würden. Dieses Vorgehen macht es den Wettbewerbern unmöglich, Bestandskunden zu halten bzw. neue Kunden zu gewinnen.¹⁰⁵

Hinsichtlich des geringen Preiswettbewerbs bei Verbindungen in inländische Mobilfunknetze an festen Standorten besteht seitens der DTAG zudem die Möglichkeit, die Preise auf dem derzeitigen hohen Niveau zu halten, zumal die Kunden an hohe Preise für diese Verbindungen gewöhnt sind und sich bei der Auswahl von Paketen vorwiegend an den Preisen für Flatrates in Festnetze und für Internetnutzung orientieren.¹⁰⁶ Diese Gefahr hat auch die Kommission gesehen. In ihrer Stellungnahme zum Markt für Festnetz- zu Mobilfunkverbindungen führte sie aus, dass die DTAG wegen ihrer erheblichen Marktanteile in der Lage sei, die Absenkung der Mobilfunkterminierungsentgelte nicht in vollem Umfang an ihre Endkunden weiterzugeben.¹⁰⁷ Des Weiteren bestehe die Gefahr von Behinderungsstrategien bei Verbindungen in Mobilfunknetze, da die DTAG in der Lage sei, diese ihren Großkunden zu Dumpingpreisen anzubieten.¹⁰⁸ Derartige missbräuchliche Verhaltensweisen der Marktbeherrscher lassen sich mit den Mitteln des allgemeinen Wettbewerbsrechts nicht zeitnah unterbinden.

¹⁰⁴ I/ERG Opinion (Fn. 44), S. 4.

¹⁰⁵ Konsultationsentwurf der BNetzA vom 2.7.2008 (Fn. 17), S. 18.

¹⁰⁶ Ebenda, S. 54.

¹⁰⁷ Kommission, Abhilfemaßnahmen bezüglich des Marktes für Festnetz-zu-Mobilfunk-Verbindungen in Deutschland vom 30.11.2007, DE/2007/0709, S. 3.

¹⁰⁸ Ebenda, S. 17 f.

V. Lösungsansätze zur Überbrückung der Regelungslücke

Anhand der genannten Beispielfälle von Vorleistungs- und Endkundenmärkten, die aufgrund der geänderten Märkte-Empfehlung voraussichtlich schon in naher Zukunft nicht mehr Gegenstand der sektorspezifischen ex-ante Regulierung sein werden, oder bereits heute schon nicht mehr reguliert werden, wird die zwingende Notwendigkeit einer effizienteren allgemeinen Wettbewerbsaufsicht und/oder einer sektorspezifischen ex post-Regulierung auf den Telekommunikationsmärkten deutlich. Nach Entlassung der Märkte aus der sektorspezifischen Regulierung kann ein missbräuchliches Verhalten der Incumbents, insbesondere beim Zugang und den dafür verlangten Entgelten, nicht ausgeschlossen werden, da die Anreize und der Handlungsspielraum hierfür zunehmen werden.

Die Missbrauchsaufsicht ist für Märkte, die nicht (mehr) der sektorspezifischen Regulierung unterliegen, von besonderer Relevanz. Die Anwendung der besonderen Missbrauchsaufsicht gemäß § 42 TKG ist für solche Fälle jedoch nach der aktuellen Gesetzesfassung und Auslegung durch das BVerwG gesperrt. In Ihrer Anwendung unterliegt § 42 TKG nach einer Entscheidung des BVerwG einem restriktiven Ansatz, wonach eine vorherige förmliche Marktdefinition und Marktanalyse - wie bei der ex ante-Regulierung - erforderlich wird.¹⁰⁹ Wie unter Ziff. III. 1 und IV. dargestellt, ist das allgemeine Wettbewerbsrecht in seiner gegenwärtigen Form und Anwendungspraxis ebenfalls nicht geeignet, das Handeln der Incumbents kontinuierlich zu verfolgen und zu verhindern, dass sie ihre Marktmacht weiter ausdehnen.

Um die drohenden Regelungslücken zu überbrücken, können zwei unterschiedliche Lösungsansätze verfolgt werden. Einerseits ist eine Optimierung der wettbewerbsrechtlichen Missbrauchsaufsicht in materieller und prozeduraler Hinsicht zu fordern (1.). Andererseits sollte eine wirksame nachträgliche Missbrauchsaufsicht als eigenständiges Instrument der

¹⁰⁹ BVerwG, Urteil vom 18.4.2007 (Fn. 18).

sektorspezifischen Regulierung auf europäischer und/oder nationaler Ebene etabliert werden (2.).

Beide Ansätze dienen nicht einer Fortdauer der Regulierung auf unbestimmte Zeit, sondern sollen als notwendiger Zwischenschritt den Übergang in das allgemeine Wettbewerbsrecht erleichtern. Ohne eine derartige Lösung droht gegenwärtig noch eine Remonopolisierung bestimmter Märkte. Sowohl unter dem aktuellen als auch unter dem kommenden EU-Rechtsrahmen (der voraussichtlich ab 2010 gelten wird) wären diese Märkte sodann wieder dem scharfen Instrument der ex ante-Regulierung zu unterwerfen.

1. Verstärkung der wettbewerbsrechtlichen Missbrauchsaufsicht

Der erste vorgeschlagene Lösungsansatz betrifft die Verstärkung der allgemeinen Missbrauchsaufsicht durch die Wettbewerbsbehörden. Eine angemessene Lösung der aktuellen und zu erwartenden Wettbewerbsprobleme mit Hilfe des allgemeinen Wettbewerbsrechts erscheint nur dann realistisch, wenn den Wettbewerbsbehörden ausreichende rechtliche und personelle Mittel zur Verfügung gestellt werden, um das Handeln der Incumbents kontinuierlich zu überwachen. In der gegenwärtigen Situation ist es den Wettbewerbsbehörden, wie die tatsächliche Fallpraxis belegt, dagegen nur eingeschränkt möglich, dem Ausnutzen der wettbewerbslichen Machtposition durch die Incumbents zeitnah und effektiv entgegenzuwirken.

Um eine drohende Remonopolisierung der deregulierten Märkte zu verhindern, bedarf es zunächst in jedem Fall einer besseren personellen Ausstattung der Wettbewerbsbehörden. Die Aufstockung könnte dabei durch erfahrene Mitarbeiter der Regulierungsbehörden erfolgen, die die spezifischen Wettbewerbsprobleme des Sektors gut kennen, und deren Aufgabenbereich bei einer Rückführung der ex ante-Regulierung reduziert würde.

In materiell-rechtlicher Hinsicht sollte die Einführung von Vermutungstatbeständen in das allgemeine Wettbewerbsrecht erwogen werden,

welche im Fall klar umrissener Sachverhalte zu einer Beweislastumkehr zu Lasten der betroffenen Unternehmen führen würden (wie z.B. in § 29 GWB für die Energie-Endkundenpreise bereits erfolgt ist). Auch sind die Straffung interner Bearbeitungsfristen und mehr Transparenz für Beschwerdeführer über die Prioritäten und den Stand der von ihnen angestoßenen Verfahren zu fordern.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht sollte die Zusammenarbeit zwischen Regulierungs- und Wettbewerbsbehörde derart verstärkt werden, dass vor der Deregulierung durch Abbau von sektorspezifischen ex ante-Verpflichtungen durch den Regulierer die Wettbewerbsbehörde zu informieren und im Hinblick auf die Wirksamkeit des allgemeinen Wettbewerbsrechts zur Verfolgung eventueller Wettbewerbsverstöße anzuhören ist. Um zu verhindern, dass derartige Verstöße durch keine der beiden Behörden zeitnah aufgegriffen werden, sollte dieses Verfahren ein beiderseitiges Einvernehmen über die Deregulierung vorsehen. Im Fall der tatsächlichen Deregulierung sollte für die betroffenen Märkte sodann für einen bestimmten Übergangszeitraum eine besondere Marktüberwachung durch die Wettbewerbsbehörde, etwa mit periodischen Berichtspflichten über Entgelte und andere relevante Faktoren, in Kraft treten, um der Wettbewerbsbehörde ein schnelles Eingreifen zu ermöglichen.

Diese Reformen wären allerdings nicht auf dem Weg europäischer Gesetzgebung zu erreichen, da es gegenwärtig keine Rechtsgrundlage für eine Harmonisierung des Wettbewerbsrechts in der EU gibt. Entsprechende nationale Initiativen stehen also im Vordergrund. Sie sind nach dem Gemeinschaftsrecht grundsätzlich zulässig und sollten zunächst über die zuständigen Ministerien eingebracht werden. Im Fall ihrer Verabschiedung auf nationaler Ebene könnten sie sodann über das Netzwerk der EU-Wettbewerbsbehörden (ECN) als sog. *best practices* weiter verbreitet werden.

2. Verstärkung der sektorspezifischen ex post-Regulierung

Der zweite - hier vorrangig vertretene - Lösungsansatz betrifft die Einführung bzw. Verstärkung einer sektorspezifischen Missbrauchsaufsicht über bestimmte Verhaltensweisen der Incumbents, beruhend auf dem Kriterium der Marktbeherrschung bzw. beträchtlichen Marktmacht. Dieses wäre eine wichtige Zwischenstufe für sog. Übergangsfälle vor der endgültigen Entlassung der Märkte in das allgemeine Wettbewerbsrecht. Im Vergleich zur ex ante-Regulierung stellt es ein deutlich weniger scharfes Regulierungsinstrument dar.

Mehrere Übergangsfälle wurden bereits in Abschnitt IV. dargestellt. Dabei handelt es sich um solche Fälle, in denen ein Markt aus der ex ante-Regulierung entlassen wird, obwohl zum Zeitpunkt der Feststellung Marktzutrittschranken vorliegen und kein wirksamer Wettbewerb besteht. Dasselbe gilt für eine weiterhin vorhandene SMP-Stellung. Die Wettbewerbsbedingungen auf solchen Märkten sind dann noch nicht mit denjenigen vergleichbar, von denen das allgemeine Wettbewerbsrecht ausgeht, nämlich von einem funktionierenden Wettbewerb als Normalfall.

Bei den dargestellten Beispielfällen sind die Besonderheiten des Telekommunikationssektors auf dem Weg zum selbst tragenden Wettbewerb zwar bereits angelegt, aber noch nicht hinreichend gefestigt. Um für solche Fälle eine Verfestigung der Wettbewerbsstrukturen zu gewährleisten und eine Remonopolisierung zu vermeiden, bedarf es gerade einer regulatorischen Zwischenstufe, die es der Aufsichtsbehörde ermöglicht, angepasst an den Stand der Liberalisierung, die Marktverhältnisse zu kontrollieren sowie schnell und effizient zu reagieren.

Das Ziel der sektorspezifischen Missbrauchsaufsicht ist demnach die Beibehaltung einer bestimmten Kontroll- und Eingriffsdichte durch die nationalen Regulierungsbehörden nach Abbau der ex ante-Regulierung. Als Vorbild kann dazu der bereits existierende § 42 TKG dienen, der jedoch eindeutig von dem Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren gemäß § 9 ff. TKG loszulösen wäre. An dessen Stelle sollte die Marktbeherrschung bzw. beträchtlichen Marktmacht

als maßgebliches Kriterium für die Auferlegung regulatorischer Maßnahmen treten.¹¹⁰ Die Regelungen zur Beweislast (§ 42 Abs. 2 und 3 TKG), zu Entscheidungsfristen (§ 42 Abs. 4 Satz 4 TKG), zur Verhinderung von „drohendem Missbrauch“ (§ 42 Abs. 4 Satz 3 TKG) und der Maßnahmenkatalog auf der Rechtsfolgenseite (§ 42 Abs. 4 Satz 2 TKG) stellen bereits einen sektorspezifischen Sonderweg für die Telekommunikationsmärkte dar, der jedoch in der Praxis weitgehend leer läuft. Daher sind sowohl die Aufgreifkriterien als auch der Maßnahmenkatalog des § 42 TKG durch effektivere Regelungen zu ersetzen bzw. ergänzen.

Die vorgeschlagene ex post-Regulierung könnte durchaus als befristete Regelung für einen bestimmten Übergangszeitraum eingeführt werden. Dafür kommt eine sog. Sunset-Regelung in Betracht. Dabei handelt es sich um eine im Gesetz enthaltene Bestimmung, die nach Ablauf einer definierten Frist ein Außerkrafttreten einer Regelung festlegt, sofern der Gesetzgeber nicht deren Verlängerung oder ein gleich lautendes Gesetz erneut beschließt. Läuft diese Frist ab, ist somit zur Verlängerung der Regelung in jedem Fall ein erneutes Gesetzgebungsverfahren durchzuführen. Eine Sunset-Regel kann zudem verbunden werden mit einer regelmäßigen Prüfpflicht der Behörde, ob ein Auslaufen der sektorspezifischen Missbrauchsaufsicht angezeigt ist.

Für die Anwendung der ex post-Regulierung sind die nationalen Regulierungsbehörden am Besten geeignet. Auch die Monopolkommission plädiert dafür, die Zuständigkeit für die ex post-Regulierung bei Zweifeln im Hinblick auf die Eignung des Wettbewerbsrechts zur Missbrauchsverhinderung beim Regulierer zu belassen.¹¹¹ Dabei unterstützt sie das von *Holznagel* und *Vogelsang* vorgeschlagene „Ladder of Remedies“-Modell,¹¹² jedenfalls was die Auswahl des angemessenen Regulierungsinstruments angeht. Dieses Modell unterscheidet, ebenso wie hier vorgeschlagen, zwischen verschiedenen Stufen

¹¹⁰ So auch *Schütze/Salevic*, CR 2008, S. 483, 487.

¹¹¹ Monopolkommission (Fn. 22), Rz. 74.

¹¹² *Holznagel/Vogelsang* (Fn. 32).

der Deregulierung. Dabei durchläuft ein Telekommunikationsmarkt bis zur endgültigen Deregulierung eine Stufenentwicklung von der ex ante-Regulierung über die ex post-Regulierung durch die BNetzA bis zur Missbrauchsaufsicht durch das BKartA. Bei der Zuordnung eines Marktes zu einer Stufe gibt es zwei eindeutige Fälle und eine Grauzone, in der die Zuordnung nicht eindeutig ist.

Eine eindeutige Situation liegt demnach vor, wenn Marktversagen die Regel ist. Hier zeichnet sich der vorgelagerte Markt durch die Existenz eines monopolistischen Bottlenecks aus, während auf dem nachgelagerten Markt beträchtliche Marktmacht besteht. Ein solcher Markt ist eindeutig ex ante regulierungsbedürftig. Die andere eindeutige Situation liegt dann vor, wenn eine ungestörte Marktlage die Regel ist und Störungen des Marktes nur ausnahmsweise auftreten. Hier existiert auf dem vorgelagerten Markt kein Bottleneck, auf dem nachgelagerten Markt in der Regel auch keine beträchtliche Marktmacht. Die Regulierungsbedürftigkeit ist eindeutig nicht gegeben. Gegebenenfalls auftretende Wettbewerbsprobleme können mit den Mitteln des Wettbewerbsrechts gelöst werden. Dazwischen gibt es Situationen, in denen das anzuwendende Regelwerk und die behördliche Zuständigkeit vom Einzelfall bestimmt werden sollen. Sodann sollen die BNetzA und das BKartA einvernehmlich über die Zuständigkeit entscheiden.¹¹³ Selbst wenn eine Regulierungsbedürftigkeit nach dem Drei-Kriterien-Test nicht gegeben ist, kann nach Auffassung der Monopolkommission eine ex post-Regulierung durch die BNetzA angebracht sein, sofern es weiterhin Zugangsprobleme gibt oder die Notwendigkeit einer Preisfestsetzung besteht, es aber für hierfür keine geeigneten wettbewerblichen Vergleichsmärkte gibt.¹¹⁴

Die Monopolkommission sieht dagegen keine Notwendigkeit, bei dem Übergang von der sektorspezifischen Regulierung in das allgemeine Wettbewerbsrecht einen abgestuften regulatorischen Zwischenschritt zu etablieren, wie es

¹¹³ Siehe hierzu detailliert: Monopolkommission (Fn. 22), Rz. 72.

¹¹⁴ Ebenda, Rz. 73.

vorliegend vorgeschlagen wird.¹¹⁵ Das TKG dahingehend zu ändern, dass eine von der Feststellung der Regulierungsbedürftigkeit unabhängige Missbrauchsaufsicht durch die BNetzA möglich wird, wäre nach Ansicht der Monopolkommission „kaum mit europäischem Recht vereinbar“.¹¹⁶

Diese Aussage ist jedoch nicht näher begründet und steht in Widerspruch zu den vorherigen Ausführungen der Monopolkommission zum „Ladder of Remedies“-Modell. Einerseits befürwortet die Monopolkommission das Modell, andererseits lehnt sie die Einführung einer regulatorischen Zwischenstufe bis zur vollständigen Entlassung der Telekommunikationsmärkte in das allgemeine Wettbewerbsrecht ab. Gerade eine solche Zwischenstufe fordert jedoch das „Ladder of Remedies“-Modell im Interesse eines wirksamen Wettbewerbs.¹¹⁷ Danach soll die BNetzA zunächst für einen Mindestzeitraum bestimmte Märkte weiter überwachen, obwohl sie die Kriterien der Regulierungsbedürftigkeit nicht mehr erfüllen. Das BKartA kann sodann entsprechende Kompetenz aufbauen, um für die endgültige Deregulierung der Märkte gewappnet zu sein.¹¹⁸ Dieses Modell ist auch für solche Fälle gut geeignet, in denen keine endgültige Entlassung eines Marktes aus der sektorspezifischen Regulierung angezeigt ist, weil noch unsicher ist, ob zukünftig wieder einschneidendere Regulierungsmaßnahmen erforderlich werden.

Zur effizienten Umsetzung dieser Überlegungen ist zu fordern, dass den nationalen Regulierern bereits aufgrund der EG-Gesetzgebung auch ex post-Befugnisse zugewiesen werden, indem eine ex post-Regulierung explizit in der

¹¹⁵ So wohl auch *Möschel*, MMR 2008, S. 503, 506 und 508, der zu dem Stufenmodell jedoch keine Stellung bezieht. Er schlägt vielmehr eine gesetzliche Regelung vor, dass die sektorspezifische Regulierung in ihrer Gesamtheit zu einem bestimmten Zeitpunkt ausläuft. Dieser Vorschlag ist jedoch mit dem geltenden Gemeinschaftsrecht nicht vereinbar, weil die Bedeutung des Drei-Kriterien-Tests vollkommen konterkariert würde, wenn die sektorspezifische Regulierung zu einem bestimmten Termin ausläuft, ohne zuvor die Regulierungsbedürftigkeit aller betroffenen Märkte zu überprüfen.

¹¹⁶ Monopolkommission (Fn. 22), Rz. 75.

¹¹⁷ Ein solches Drei-Säulen-Modell wird unterstützt von *Schütz*, MMR 2008, S. 579; *Schütze*, K&R Beihefter 3/2008, S. 18, 19; *Schütze/Salevic* (Fn. 110), S. 487.

¹¹⁸ *Holznapel/Vogelsang* (Fn. 32), S. 87 des zugrunde liegenden Gutachtens.

Rahmenrichtlinie verankert und damit den Mitgliedstaaten verbindlich vorgegeben wird.¹¹⁹ Die aktuelle Reform des Regulierungsrahmens enthält dazu bislang keine Vorschläge, bietet jedoch kurzfristig möglicherweise noch einen geeigneten Rahmen für die politische Einbringung dieses Ansatzes.¹²⁰

Die Einführung derartiger Vorschriften wäre jedoch auch außerhalb der aktuellen Review auf nationaler Ebene möglich. Zu empfehlen ist dabei, für bestimmte Fallkonstellationen einen Missbrauch einer beherrschenden Stellung zu vermuten, wie dies bereits in § 28 Abs. 2 TKG vorgesehen ist. Eine solche Regelung kennt das allgemeine Wettbewerbsrecht nicht, so dass sich das BKartA in ähnlichen Fällen mit erheblichen Beweisproblemen konfrontiert sieht. Um zu verhindern, dass durch einen solchen Regelungsansatz der vollständige Übergang in das allgemeine Wettbewerbsrecht generell verhindert oder unangemessen verzögert wird, könnte er gegebenenfalls befristet werden.¹²¹

Die Einführung eines solchen regulatorischen Zwischenschritts verstößt nicht gegen Vorgaben des Gemeinschaftsrechts. Art. 16 der Rahmenrichtlinie sieht das Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren ausschließlich für die eingriffsintensive ex ante-Regulierung vor. Dies wird bestätigt durch Erwägungsgrund 27 der Rahmenrichtlinie, wonach Vorabverpflichtungen nur auferlegt werden sollen, wenn kein wirksamer Wettbewerb besteht und die Instrumente des Wettbewerbsrechts nicht ausreichen, um das Problem zu lösen. Im Umkehrschluss bedeuten die Regelungen jedoch nicht, dass eine sektorspezifische, an Marktmacht gekoppelte ex post-Missbrauchsaufsicht, wenn die Voraussetzungen der ex ante-Regulierung nicht vorliegen, ausgeschlossen ist. Die Regelung des § 42 TKG kann als Beispiel dafür angeführt werden.

¹¹⁹ So auch *Holznapel/Vogelsang* (Fn. 32), S. 87 des zugrunde liegenden Gutachtens; ebenso *Schütz* (Fn. 117), S. 15; *Schütze* (Fn. 117), S. 18; *Schütze/Salevic* (Fn. 110), S. 487.

¹²⁰ Das Europäische Parlament hat am 24.9.2008 im Plenum über das Review-Paket abgestimmt. Auf dieser Grundlage könnte eine politische Einigung durch den Rat am 27.11.2008 erfolgen (vgl. Pressemitteilung der Kommission IP/08/491 vom 8.7.2008).

¹²¹ *Holznapel/Vogelsang* (Fn. 32), S. 95 des zugrunde liegenden Gutachtens. Im Energiesektor wurde eine solche auf fünf Jahre befristete Regelung in § 29 GWB eingeführt (vgl. § 131 Abs. 7 GWB).

Die Einführung einer sektorspezifischen ex post-Missbrauchsaufsicht würde zudem nicht die Mitwirkungsrechte der Europäischen Kommission und der anderen nationalen Regulierungsbehörden im Rahmen des Marktanalyseverfahrens verletzen.¹²² Eine ex post-Missbrauchsaufsicht wäre von diesem Verfahren gerade losgelöst.

Schließlich wird in Art. 3 Abs. 2 Satz 2 Verordnung (EG) 1/2003 klar gestellt, dass die Mitgliedstaaten durchaus das Recht haben, auf nationaler Ebene Regelungen zur Unterbindung und Ahndung einseitiger Handlungen marktbeherrschender Unternehmen einzuführen, die in ihrer Eingriffstiefe weiter gehen als das Gemeinschaftsrecht.

Robert Klotz

Dr. Alexandra Brandenburg

Brüssel, den 3. Oktober 2008

¹²² Monopolkommission (Fn. 22), Rz. 67.